



**UNIVERSITA' DI PISA**

**Dipartimento di Giurisprudenza**

**Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza**

**LA PERICOLOSITA' SOCIALE COME  
ESIGENZA CAUTELARE**

**Il Candidato**

**Gaetano Iosca**

**Il Relatore**

**Chiar.mo Professore**

**Luca Bresciani**

**A.A. 2013/2014**

*“quando l’innocenza dei cittadini non è garantita,  
non lo è neppure la libertà”*

(Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, 1751)

*Ai miei genitori*

# **LA PERICOLOSITA' SOCIALE COME ESIGENZA CAUTELARE**

## **Indice**

<b>Introduzione .....</b>	<b>5</b>
---------------------------	----------

## **CAPITOLO I**

### **I Principi Costituzionali**

1.1 L'art. 13 della Costituzione e la restrizione della libertà personale. Le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione.....	7
1.1.1 Il "vuoto dei fini" .....	16
1.1.2 In particolare: la finalità di prevenzione speciale .....	30
1.2 L'art. 27 comma 2 della Costituzione. La presunzione di non colpevolezza dell'imputato .....	35
1.3 La libertà personale nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali .....	52
1.3.1 La presunzione d'innocenza nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali .....	61

## CAPITOLO II

### **La previsione normativa: l'art.274, comma 1 lett. c), il pericolo della "reiteratio criminis"**

- 2.1 La pericolosità sociale: Un concetto al limite tra misure di prevenzione, misure di sicurezza e misure cautelari. Il rapporto tra misure cautelari e l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza ..... 66
- 2.2 La giurisprudenza costituzionale in merito all'esigenza di prevenzione speciale. La sentenza 1 del 1980 sull'art.1, comma 3 della L. 152/1975..... 76
- 2.3 La direttiva dell'art.2 n. 59 della L.81/1987 e la "codificazione" dell'esigenza di prevenzione speciale: l'art.274, comma 1 lett.c) 86
- 2.4 La legge 8 agosto del 1995 n. 332: cause ed effetti della modifiche apportate in relazione all'esigenza di prevenzione speciale. Le innovazioni e le perduranti incertezze interpretative ..... 101

### **CAPITOLO III**

#### **Gli elementi della fattispecie cautelare di prevenzione speciale.**

##### **L'interpretazione e l'applicazione della giurisprudenza**

3.1 Il concetto di pericolosità rilevante ai fini dell'applicazione della misura cautelare per le esigenze di tutela della collettività. Il pericolo concreto .....	114
3.2 Gli indici da cui desumere il pericolo di reiterazione del reato. Il parametro oggettivo delle «specifiche modalità e circostanze del fatto» e quello soggettivo della «personalità della persona sottoposta alle indagini o imputata».....	124
3.2.1 La personalità della persona sottoposta alle indagini o imputata. Il ruolo dei precedenti penali. ....	133
3.3 I delitti tipizzati. In particolare: i delitti della stessa specie di quello per il quale si procede nella giurisprudenza di legittimità.....	140
3.3.1 La gravità dei reati. Il limite edittale di pena per i delitti della stessa specie .....	153

## **CAPITOLO IV**

### **L'esigenza di prevenzione speciale nelle più recenti evoluzioni normative: il decreto legge 26 giugno 2014 n.92**

4.1 Le origini e la ratio della nuova normativa. L'intervento nell'ambito delle misure cautelari.....	158
4.2 Gli ambiti di incidenza dell'art. 8 del decreto legge 92 del 2014 e i possibili riflessi sul piano applicativo.....	163
4.3 Le modifiche apportate in sede di conversione del decreto.....	171
 <b>Conclusioni .....</b>	 176
 <b>Bibliografia.....</b>	 181

## Introduzione

Il tema che ci si propone di affrontare con questo lavoro attiene alle finalità ritenute idonee dalla attuale disciplina normativa a giustificare l'adozione di misure restrittive della libertà personale durante lo svolgimento del processo penale, con particolare riguardo alla finalità di tutela della collettività nei confronti di un soggetto considerato pericoloso. Obiettivo principale è cercare di fare luce su uno degli interrogativi sicuramente più delicati della, vecchia e nuova, riflessione sul processo, ancora in cerca di una risposta definitiva che possa essere considerata anche conforme ai principi che informano l'ordinamento giuridico: «se» e «per quali scopi» lo Stato può incidere sul bene primario della libertà personale, quando ancora non vi è nessuna certezza sulla commissione del reato.

Il principale nodo problematico che per primo deve essere sciolto riguarda la compatibilità di quella finalità con i principi affermati nella Costituzione, e confermati anche dalle fonti internazionali: con il principio della inviolabilità libertà personale, al fine di individuare le ragioni e le esigenze considerate meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento e per questo tali da poter legittimare ingerenze su quella primaria garanzia dell'individuo. Ma la ricerca di una risposta su questo primo profilo non potrà poi prescindere dalla considerazione dell'altro principio costituzionale della presunzione di non colpevolezza, garanzia fondamentale per l'imputato e canone imprescindibile dello stesso processo penale, sulla base della quale qualunque imputato deve essere considerato e "trattato" come innocente fino a quando il processo non avrà accertato, in via definitiva, la sua colpevolezza. Si tratta di interrogativi sempre centrali nella riflessione su questo settore e sempre uguali a se stessi, che nascondono però anche il rischio, non accettabile sulla base di quei principi, di far gravare sull'individuo e sui suoi diritti fondamentali il prezzo di disfunzioni e distorsioni applicative dallo stesso indipendenti. Questo deriva in parte dal voler assumere come parametro di riferimento un concetto come quello di



pericolosità, che risulta avere contorni poco definiti e un contenuto potenzialmente molto ampio, tale da prestarsi facilmente ad utilizzazioni strumentali.

Sono questioni che si impongono ancora oggi all'attenzione del legislatore nella individuazione dei principi, e nella successiva articolazione della disciplina normativa in merito a quel particolare settore attinente al sistema della libertà personale dell'individuo nel processo penale, nel tentativo di realizzare in questo quell'auspicato, e forse mai raggiunto, equilibrio tra la libertà e l'autorità, quella proporzione tra il sacrificio imposto alla prima e le esigenze che giustificano la seconda.

Il percorso compiuto finora testimonia infatti, avuto riguardo non solo agli interventi legislativi ma anche alla imponente riflessione dedicata a questo tema, la necessità di perseverare nella ricerca di quella soluzione, a fronte degli attuali dubbi e persistenti incertezze che hanno interessato, e interessano, anche la fase applicativa. Anche a questa sarà necessario guardare, per fare luce sui criteri e i canoni che il giudice utilizza nell'interpretazione delle norme, perché è anche nel caso concreto che quella soluzione va ricercata. Proprio la giurisprudenza, non solo di legittimità ma anche costituzionale, ha avuto un ruolo decisivo in relazione al progressivo riconoscimento e all'affermazione dell'esigenza di prevenzione speciale da un lato, ma anche nel tentativo di tracciarne il contenuto e i limiti dall'altro.

Un ultimo aspetto che sarà considerato riguarda le recenti tendenze legislative e le proposte di riforma che direttamente o indirettamente incidono sugli aspetti oggetto dell'analisi.

## **CAPITOLO I**

### **I Principi Costituzionali**

#### **1.1 L'art. 13 della Costituzione e la restrizione della libertà personale. Le garanzie della riserva di legge e di giurisdizione.**

Il punto di partenza nell'analisi dell'esigenza cautelare derivante dal pericolo di reiterazione dei reati come motivo in grado di giustificare l'applicazione di una misura cautelare – non ultima la misura cautelare che maggiormente incide sulla sfera di libertà del singolo, la custodia cautelare in carcere - non può che essere il dettato costituzionale.

L'attenzione deve concentrarsi, quindi, in primo luogo sulla previsione dell'art. 13 della Costituzione che tutela la libertà personale, principio sicuramente incidente in un ambito, come quello in esame, nel quale è data la possibilità, in presenza di determinate condizioni, di imporre vincoli e limitazioni a tale bene fondamentale di chi sia (semplicemente) indagato o imputato in un processo penale.

Non si può tacere, com'è del tutto evidente, che «la questione della tutela della libertà personale è certamente ad un crocevia nevralgico dell'intera rete di rapporti fra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo»<sup>1</sup>. La consapevolezza di questo aspetto trova conferma nella giurisprudenza costituzionale, quando si afferma che l'art.13 «appronta una tutela che è centrale nel disegno costituzionale, avendo ad oggetto un diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e

---

<sup>1</sup> M.CHIAVARIO, *Libertà personale e processo*, in *Processo e garanzie della persona*, II, terza ed., Milano, 1984, p.299

strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto costituzionalmente protetto della persona»<sup>2</sup>. Aspetto che trova riferimenti certi non solo nella nostra Carta Costituzionale, ma anche nelle fonti internazionali e comunitarie, il che rappresenta un chiaro indice della centralità del principio della libertà personale che in queste fonti è preso in considerazione per se stesso prima ancora che nella sua proiezione processuale<sup>3</sup>. La libertà personale, d'altra parte, si iscrive nel novero di quei diritti inviolabili dell'uomo che l'art.2 della Costituzione riconosce e garantisce, e al tempo stesso si colloca essa stessa «al centro della più ampia piattaforma degli ulteriori diritti di libertà anch'essi direttamente coinvolti nel processo penale»<sup>4</sup>, elevandosi quindi a «presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione»<sup>5</sup>.

Partendo quindi dalla prospettiva costituzionale, l'art. 13 afferma solennemente nel comma 1 che «la libertà personale è *inviolabile*», sancendo una inequivocabile volontà del legislatore costituente di configurare la sua natura prioritaria, non solo per la sua collocazione in apertura del titolo della Carta fondamentale dedicato ai rapporti civili, ma anche perché intesa, come detto, quale presupposto di tutte le altre libertà delle quali rende possibile l'esplicazione. Allo stesso tempo indica un preciso limite di carattere generale in ordine a qualsiasi misura che sia volta ad incidere su tale diritto fondamentale, comprese quelle disposte nel corso del processo penale. L'inviolabilità della libertà personale, infatti, è espressione della garanzia di un diritto che, seppure suscettibile di compressione alla luce delle previsioni del

---

<sup>2</sup>Così si esprime Corte Cost., sentenza 27 giugno 1996 n.238, in *Giur. cost.*, 1996, II, pp. 2142 ss.

<sup>3</sup>Vedi *infra*, §1.3, 1.3.1

<sup>4</sup>Così G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.304

<sup>5</sup>In questo senso V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.2

comma 2 e 3 della stessa disposizione, «configura una sfera di autonomia del singolo (...) tale da tendere a mantenersi espansa e munita perciò degli strumenti giuridici per farlo» <sup>6</sup>: si è anche ritenuto che «la libertà personale sia bene dalla consistenza elastica e, perciò, inespropriabile per intero, sicché residueranno pur sempre – anche nell'ipotesi estrema dello *status custodiae* – margini insopprimibili di libertà residue, la cui arbitraria aggressione risulta non solo vietata ma anche punita dall'ordinamento» <sup>7</sup> o ancora che «l'inviolabilità della libertà personale significa, in altri termini, non già l'impossibilità di limitazioni, ma l'immodificabilità, nella sua essenza, della situazione giuridica in questione» <sup>8</sup>. Conseguenza necessaria di tali premesse è che «l'art. 13 consacra un certo tipo di equilibrio nei rapporti tra autorità e libertà all'interno del processo, lasciando chiaramente intendere che la permanenza dell'imputato in stato di libertà prima della sentenza definitiva deve considerarsi la «regola», mentre solo in via di «eccezione» può ammettersi che in determinati casi, e sotto determinate garanzie legislative e giurisdizionali, l'imputato venga privato della sua libertà personale durante lo svolgimento processuale» <sup>9</sup>.

Per quanto attiene, preliminarmente, al concetto di la libertà personale, la ricostruzione del suo contenuto ha fatto emergere diverse caratterizzazioni del *proprium* di tale diritto: secondo l'impostazione classica e tradizionale, essa si traduce nella pretesa di evitare indebite ingerenze o coercizioni sul proprio corpo, e quindi la norma costituzionale riguarderebbe principalmente lo «stato di libertà fisica»

---

<sup>6</sup> G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 370

<sup>7</sup> G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.305, dove si sottolinea che nella stessa direzione si muove l'art.277 c.p.p. ove prevede che «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto»

<sup>8</sup> C.U.DEL POZZO, *La nozione di libertà personale nella Costituzione*, in *Introduzione allo studio della libertà personale*, Milano, 1959, p.37

<sup>9</sup> V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 20

<sup>10</sup>. A questa concezione se ne affianca un'altra più ampia che, partendo dal criterio della «degradazione giuridica» derivante dalla «mortificazione della dignità o del prestigio della persona» <sup>11</sup>, fa rientrare in quest'ambito anche la «libertà morale» dell'individuo <sup>12</sup>, intesa come più generale assoggettamento della persona all'altrui potere. Il riconoscimento anche di questa accezione di libertà morale viene ricondotto alla considerazione del carattere primario che quest'ultima ha rispetto alla stessa nozione di libertà personale, nonché la considerazione che la libertà morale rientra sicuramente tra i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.): sarebbe quindi ricompresa nella garanzia della libertà personale tutelata espressamente dall'art. 13 della Costituzione <sup>13</sup>. Fra le due concezioni sembrerebbe preferibile quella che offre una tutela più ampia quanto al suo oggetto, che ricomprende quindi anche la tutela da atti non solo di coercizione materiale ma anche di quelli diretti ad esercitare una coercizione psicologica. Può dirsi che sia' questo l'attuale indirizzo della giurisprudenza costituzionale, anche se su questo profilo si osservano orientamenti alternanti nelle pronunce del giudice delle leggi e anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione <sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Vedi C.U.DEL POZZO, *La nozione di libertà personale nella Costituzione*, in *Introduzione allo studio della libertà personale*, Milano, 1959, p.29, per il quale «(...) sul terreno processuale penale libertà personale significa semplicemente l'esenzione da ogni forma di coercizione personale attraverso la carcerazione (...)»

<sup>11</sup> In questo senso si è espressa Corte cost., sentenza 30 giugno 1964 n. 68, in *Giur. cost.* 1964,

<sup>12</sup> C.FANUELE, *La libertà personale*, in *Processo penale e Costituzione* a cura di F.R.DINACCI, Milano, 2010 p. 213 ;M.RUOTOLO, *Commento all'art.13 della Costituzione*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R.BIFULCO, A.CELOTTO, M.OLIVETTI Torino, 2006 pp. 323-324

<sup>13</sup> G.VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, negli *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, vol. V, pp. 353-408, al quale si rimanda per una diffusa considerazione sul tema della concretizzazione del principio costituzionale dell'art. 13 della Costituzione.

<sup>14</sup> Per un'analisi più articolata della questione vedi L.BRESCIANI, voce in *Libertà personale dell'imputato* in *Dig. Pen.* Vol. VII, Torino, 1988 pp.440 ss., nonché per gli orientamenti della Corte Costituzionale G.ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.111, il quale ritiene che «in sostanza, si direbbe che la Corte abbia scelto di affrontare caso per caso le situazioni sottoposte al suo sindacato, pur rivendicando sempre la continuità con i precedenti»

Il principio trova poi ulteriore articolazione e sviluppo nei commi successivi della norma costituzionale, dove si dispongono programmaticamente non solo i limiti alla possibilità della restrizione della libertà personale, ma anche quelli che devono essere i meccanismi di garanzia per quelle ipotesi tassative e predeterminate che possono configurarsi come eccezione alla regola generale, tra le quali si colloca anche la possibilità di adottare misure cautelari nel corso del processo: in questo modo è stato efficacemente sostenuto che è possibile cogliere nella norma un «sistema dei limiti alla libertà personale» secondo una «struttura a cerchi concentrici», il cui nucleo essenziale è costituito dall'inviolabilità della garanzia, cui si accompagnano un duplice ordine di limiti che guidano, in maniera vincolante, la discrezionalità legislativa in questo ambito <sup>15</sup>.

Ed infatti la norma costituzionale, al fine di definire i limiti alla possibilità di incidere negativamente sulla libertà personale, dispone, nel comma 2, che «non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale». Lo stesso comma però prosegue con la previsione della possibilità di configurare alcune deviazioni da questa regola generale, prescrivendo contestualmente che le deroghe non sono configurabili «se non per atto motivato della autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge». Si esplicitano in questo modo quelle che vengono individuate come le garanzie fondamentali dell'inviolabilità della libertà personale : la riserva di legge, la riserva di giurisdizione e il principio di motivazione o obbligo di motivazione del provvedimento restrittivo.

Questi meccanismi in cui si articola il principio trovano espressione oltre che nella norma programmatica della Costituzione, anche nel codice di procedura penale, nel libro IV dedicato alle “misure cautelari”,

---

<sup>15</sup> Quest'espressione è utilizzata da G. DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.306

titolo I “misure cautelari personali”, capo I “disposizioni generali”: qui si colloca un vero e proprio sottosistema normativo che si apre con l’art. 272 rubricato “Limitazioni alla libertà della persona”, da intendersi come previsione normativa valida nel processo penale – e nell’ambito cautelare in particolare - del principio di legalità, il quale, seppure con formulazione letterale affermativa rispetto alla enunciazione negativa prevista dalla Costituzione (secondo cui «non è ammessa») prescrive che «le libertà personali *possono* essere limitate con misure cautelari *soltanto* a norma delle disposizioni del presente titolo», laddove però l’avverbio «soltanto» è essenzialmente finalizzato a configurare anche in questo ambito l’eccezionalità di vincoli o restrizioni alle libertà personali.

E’ affidata, invece, alla disposizione dell’art. 279 del c.p.p., rubricato «giudice competente», espressione della «giurisdizionalizzazione del sistema cautelare»<sup>16</sup>, la previsione della riserva di giurisdizione, in quanto è prescritto che «sull’applicazione e sulla revoca delle misure nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive, provvede il giudice che procede» (precisando anche che «prima dell’esercizio dell’azione penale provvede il giudice delle indagini preliminari»).

La riserva di giurisdizione dell’art. 13, comma 2 della Costituzione impone che le restrizioni della libertà personale devono essere disposte dall’autorità giudiziaria, da intendersi come «autorità giudicante»<sup>17</sup>. Nella fase cautelare, infatti, al pubblico ministero è rimessa la sola possibilità di iniziativa (art.291 c.p.p.) , quindi di richiedere al giudice l’ applicazione con apposita ordinanza motivata (art.292 c.p.p.) della misura coercitiva, in ossequio ad un procedimento che si preoccupa di mantenere una separazione delle

---

<sup>16</sup> L.BRESCIANI, voce in *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. Pen.* Vol. VII, Torino, 1988 ,p.453 ss.

<sup>17</sup> Su questo punto si rinvia a M.PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 1970, pp.187 ss., secondo il quale tale soluzione anche «se non risulta da elementi testuali, emerge però dal sistema costituzionale»

funzioni processuali tra i due organi per quanto attiene alla richiesta e alla disposizione della misura cautelare. In merito a tale riserva deve osservarsi che non si tratta di una riserva assoluta, atteso che in ipotesi contraddistinte da intrinseche peculiarità rispondenti a precise ragioni di fondo, essa è inizialmente superabile; la conclusione si giustifica avuto riguardo a quanto dispone il comma 3 dell'art.13 dove è previsto che «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto». Due le considerazioni che ne derivano. In primo luogo, come si diceva, la riserva di giurisdizione è da intendere come «relativa» in quanto è possibile che i provvedimenti che incidono sulla libertà personale dell'individuo, seppure in via provvisoria e solo nei casi tassativamente individuati dalla legge, possono essere adottati anche dall'autorità di pubblica sicurezza. In secondo luogo, si riafferma la necessità che, entro scadenze temporali precise, secondo una disciplina di estremo dettaglio presente già nella previsione costituzionale, anche in questi casi l'intervento dell'autorità giudiziaria si impone come obbligatorio, e in via successiva, ai fini della convalida, tesa ad un esame nel merito delle restrizioni adottate, pena la caducazione degli effetti del provvedimento restrittivo<sup>18</sup>. In sintesi si può affermare che nella materia dei provvedimenti che possono comportare un sacrificio della libertà personale, la previsione costituzionale sottolinea la centralità della pronuncia giurisdizionale che deve pur sempre intervenire: di norma in via preventiva – «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» - ed eccezionalmente in via successiva attraverso il procedimento di

---

<sup>18</sup>G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.307, dove si sottolinea che «proprio la minuziosità della previsione, ove si giunge finanche a scandire le scadenze cronologiche dell'iter della convalida, palesa l'esigenza di circoscrivere con precisione estrema gli insuperabili margini di manovra dell'autorità di pubblica sicurezza sul terreno della libertà personale dell'individuo»



convalida della misura adottata – «in casi eccezionali di gravità e urgenza».

Connesso alla garanzia dell'intervento del giudice è l'obbligo di motivazione del provvedimento restrittivo, secondo il quale all'autorità che procede è imposto di esplicitare le ragioni del proprio *dictum*, in conformità alla norma dell'art. 111, comma 6 della Costituzione secondo cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati», fra i quali rientra necessariamente anche l'atto con il quale si dispone o comunque si interviene su una misura cautelare. Sempre l'art. 111, nel comma 7, individua poi una ulteriore garanzia nei confronti di tali interventi dell'autorità giudiziaria che incidono sulla libertà personale: la possibilità di impugnare lo stesso davanti al giudice di legittimità, in quanto è previsto che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge»<sup>19</sup>.

L'art. 13 della Costituzione prevede, come anticipato, un altro meccanismo di garanzia per quei casi in cui è possibile incidere sulla libertà dallo stesso tutelata: la riserva di legge, da intendersi come «assoluta». Questa non è che la logica conseguenza della affermazione della «inviolabilità», in quanto, se quest'ultima è la premessa, il sacrificio della libertà personale può avvenire solo nei casi previsti dalla legge<sup>20</sup>. Tale ulteriore ed essenziale garanzia si specifica nei termini per cui è necessaria una previsione del legislatore nazionale che intervenga a prevedere *ex ante* le singole ipotesi, individuate sulla base di valutazioni e scelte che devono caratterizzarsi per la conformità e la ragionevolezza in relazione alla norma costituzionale. Tuttavia la riserva di legge pone anche una ulteriore questione che

---

<sup>19</sup> Sui rapporti tra provvedimenti incidenti sulla libertà personale e l'art. 111 Cost. vedi M.L.DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p.866

<sup>20</sup> G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p.371

interessa in maniera precipua il tema in oggetto. Se da un lato si afferma infatti che deve essere la legge a prevedere «i casi e i modi» nei quali è possibile ammettere la restrizione della libertà personale, dall'altro l'art. 13 nulla dispone in relazione a quelle che possono essere le finalità in ragione delle quali tali restrizioni possano giustificarsi: «l'art. 13 mantiene il più assoluto silenzio circa le finalità della custodia preventiva, e quindi circa i suoi presupposti, vale a dire in ordine ai «casi» e ai «modi» di limitazione della libertà personale dell'imputato *ante sententiam*»<sup>21</sup>. Sul punto si è sostenuto che in realtà la riserva di legge costituzionale sarebbe anche «rinforzata», in quanto impone un ulteriore vincolo al legislatore, potendo le restrizioni della libertà personale essere previste solo per fini voluti o comunque riconducibili alla Costituzione, coincidenti con quelli della giustizia penale (art.25 Cost.), dell'educazione minorile (art.30 Cost.), e della tutela della salute (art.32 Cost.): ciò potrebbe valere al fine di dare una soluzione al silenzio serbato dalla norma costituzionale<sup>22</sup>. Secondo un'altra concezione si ritiene, invece, che in relazione a questa «lacuna» debba parlarsi di un «vuoto dei fini»<sup>23</sup>, facendosi così riferimento al fatto che la disposizione costituzionale non specifica le finalità, i motivi, le esigenze che possano giustificare l'eccezione: l'art. 13 prevedrebbe una riserva di legge assoluta, ma non rinforzata. Questo vuoto assume rilevanza anche e soprattutto nella disciplina delle misure cautelari, in quanto è lasciata alla discrezionalità del legislatore la possibilità di indicare, sulla base di scelte di opportunità connotate pur sempre in termini di ragionevolezza e perciò non meramente arbitrarie, le specifiche finalità che possono colmare tale «mancata» previsione.

---

<sup>21</sup> M.PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1970, p.7, allo stesso modo in *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 1970, pp.188-189;

<sup>22</sup> L.ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p.86

<sup>23</sup> Espressione utilizzata per la prima volta da L.ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art.13 e l'art.25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 951

### 1.1.1 Il “vuoto dei fini”

Continuando nella direzione poco sopra richiamata, appare necessario concentrare l'attenzione proprio sulla problematica del «vuoto dei fini», in considerazione del fatto che tale indagine è volta anche a fare luce sulla ratio sottesa a giustificare la limitazione della libertà personale prima della pronuncia della sentenza definitiva da parte del giudice. Il vuoto dei fini fa sentire infatti la sua presenza proprio in relazione al processo penale e alle misure restrittive della libertà personale che potrebbero trovare spazio nel corso del suo svolgimento <sup>24</sup>. D'altra parte è la stessa storia delle restrizioni della libertà personale *ante iudicatum* che affonda le proprie radici nell'origine del fenomeno processuale: ed infatti «non vi è mai stato ordinamento», anche prescindendo dalle concezioni, autoritarie o liberali, che si sono poste alla sua base «che sia riuscito a fare a meno di strumenti processuali limitativi della libertà fisica, da utilizzare in via anticipata rispetto alla formulazione di qualsiasi giudizio di responsabilità a carico della persona» <sup>25</sup>; ecco perché, allora, il tema delle finalità in grado di imporre vincoli alla libertà dell'individuo divengono un tema da cui non è possibile prescindere <sup>26</sup>. Si è già detto che l'individuazione delle specifiche finalità – o esigenze cautelari – è rimessa ad una valutazione di politica discrezionale del legislatore, ma questo aspetto è stato oggetto anche degli sforzi compiuti dagli interpreti al fine di dare contenuto a quel vuoto lasciato dalla previsione costituzionale. Queste riflessioni hanno cercato di individuare un criterio unico di fondo, nella consapevolezza che si tratta di un istituto, quello delle misure cautelari, gravemente restrittivo di diritti

---

<sup>24</sup>In questo senso, G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 374 ss.

<sup>25</sup>G.TRANCHINA, voce in *Custodia cautelare*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G.VASSALLI, Milano, 1986, p.143

<sup>26</sup>Vedi G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p.609 « (...) è questo il punto nodale di tutta la disciplina della libertà personale dell'imputato nel processo, e si tratta di un'indagine dalla quale non si può prescindere»

fondamentali dell'individuo e che l'esigenza primaria è di individuare un «metro sicuro e preciso» sia per il giudice chiamato a decidere nel caso concreto sia per lo stesso legislatore che deve individuare i criteri generali <sup>27</sup>.

E' questo il passaggio in cui si può cogliere la delicatezza del problema in commento, relativo alla necessità di individuare queste finalità in modo tale da realizzare un ragionevole equilibrio tra le esigenze che a vario titolo possono ricondursi al processo penale e la contrapposta esigenza di tutelare nel massimo grado possibile la libertà dell'indagato o dell'imputato, inviolabile secondo la previsione costituzionale, rendendo effettivamente eccezionali le ipotesi di ricorso ad una misura cautelare. Quest'ultimo obiettivo dovrebbe essere perseguito partendo dall'imprescindibile consapevolezza di dover rinunciare a finalità che si pongono come lontane dalla logica propria del processo penale e dalle esigenze che ruotano intorno allo stesso, conformandosi invece ad un principio di «sacrificio minimo» <sup>28</sup> per la libertà dell'imputato quando questa entri in conflitto con quelle esigenze: in altri termini la regola «*in dubio pro libertate*» in questo ambito dovrebbe essere quindi il criterio di riferimento, cercando allo stesso tempo di valorizzare gli elementi che possono portare ad escludere sacrifici inutili e sproporzionati della libertà personale. Il tema merita particolare attenzione in quanto è indubbio che possa riscontrarsi una certa contraddizione di fondo nella possibilità di limitare la libertà personale, che potrebbe trovare giustificazione solo in virtù di una decisione del giudice che accerti la colpevolezza dell'imputato in via definitiva e secondo le garanzie che informano ad oggi il processo penale, in un momento invece nel quale tale accertamento non è ancora giunto a maturazione. Risulta necessario anticipare che ciò trova conferma anche nell'ulteriore previsione costituzionale dell'art.

---

<sup>27</sup> G.VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p.1106

<sup>28</sup> M.CHIAVARIO, *Libertà personale e processo*, in *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, p.321

27, comma 2, che proclama il principio della presunzione di non colpevolezza dell'indagato o dell'imputato, che è destinata a cedere solo all'esito definitivo del processo, e solo in caso di pronuncia giudiziale sfavorevole al soggetto: detto altrimenti solo quando possa compiutamente parlarsi di un soggetto definitivamente condannato. Prima di questo momento l'imputato non può essere equiparato nel trattamento al condannato, non può essere destinatario di misure che anticipino un sacrificio della sua libertà, quando vi è ancora incertezza sulla sua colpevolezza. Si intuisce allora il motivo per cui le esigenze ritenute idonee ad imporre un sacrificio prima di tale momento debbano essere necessariamente, oltre che conformi al sistema costituzionale, osservanti di principi di tassatività, determinatezza ed eccezionalità. Sulla base di quanto detto appare ancora più evidente che qualora la giustificazione di tali vincoli sulla libertà venga ad essere ricondotta ad «esigenze di tutela della collettività», e quindi alla prognosi di pericolosità sociale dell'indagato o imputato affidata al giudice, seppure sulla base di specifici presupposti previsti dalla legge, emerge la distanza da esigenze strettamente processuali, e si richiede una maggiore delimitazione della portata e dei confini di tale previsione. Da queste premesse è possibile partire per cercare di fare luce sulle finalità possibili della misura cautelare che la norma costituzionale non specifica, e che impongono un'attenta analisi.

La riflessione sulle finalità trovava spazio già in epoche risalenti, segno dell'attenzione che al problema è stata dedicata, in quanto come anticipato «la storia delle restrizioni della libertà personale *ante iudicatum* affonda le proprie radici nella stessa origine del fenomeno processuale»<sup>29</sup>. Nel diritto intermedio si riteneva che le restrizioni della libertà personale della persona inquisita dovessero essere preordinate ad «ottenere dallo stesso la necessaria collaborazione, volontaria o coatta che fosse, ad *eruendam veritatem*», ed anzi in questo periodo la

---

<sup>29</sup>G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 308

permanenza in carcere era considerata una vera e propria *species torturae* <sup>30</sup>. Una concezione molto distante da quella del periodo successivo e da quella attuale in quanto devono ritenersi sicuramente superati, fortunatamente, i tempi nei quali la restrizione della libertà *ante sententiam* dell'imputato trovava giustificazione nell'esigenza di assicurare la disponibilità dello stesso agli inquirenti al fine di ottenere, mediante la tortura, la confessione <sup>31</sup>, sottintendendosi in questo modo una sostanziale equiparazione dell'imputato al colpevole <sup>32</sup>: dovrebbe essere ormai abbandonata ogni idea di configurare la misura cautelare, e la custodia cautelare in particolare, come un'anticipazione della pena, accedendo quindi ad una sua concezione in termini sostanzialistici, sulla base della sola valutazione di indizi di colpevolezza seppure gravi e della necessaria sussistenza di almeno una delle esigenze cautelari.

Ma è a partire dall'illuminismo che, in contrasto con la logica inquisitoria che aveva caratterizzato il processo penale nel periodo precedente, venne rifiutata ogni finalizzazione sanzionatoria del carcere preventivo e si affermava invece che la privazione della libertà dovesse essere intesa prima di tutto in termini di «stretta necessità» <sup>33</sup>, in quanto la misura coercitiva avrebbe comportato per l'imputato lo stesso trattamento riconosciuto per il colpevole, e che dovesse essere inoltre finalizzata ad una funzione strumentale rispetto al processo e al suo risultato: quindi giustificata soltanto per scongiurare la fuga dell'imputato o per impedire che questi potesse occultare le prove dei

---

<sup>30</sup> Vedi P.FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano, 1953, p.237

<sup>31</sup> L.FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996, p.562, secondo l'autore la carcerazione preventiva era il «presupposto ordinario dell'istruzione, basata essenzialmente sulla disponibilità del corpo dell'accusato quale mezzo per ottenere la confessione per *tormenta*»

<sup>32</sup> V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.24

<sup>33</sup> C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* a cura di Franco Venturi, Torino, 1965, § XXIX, 70, «la privazione della libertà essendo una pena, essa non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede»

delitti <sup>34</sup>. Sulla stessa posizione si attestava la dottrina liberale successiva, ritenendo necessario rifarsi ad un principio di «stretta necessità» per circoscrivere quanto più possibile l'applicazione dell'istituto, volendo in questo modo sottolineare che soltanto nei limiti rigorosi della necessità processuale sarebbe stato tollerabile applicare la misura cautelare. Non a caso si parlava con riguardo alle misure coercitive di una «ingiustizia necessaria» <sup>35</sup> per mettere in evidenza la sostanziale ingiustizia dell'istituto se applicato prima dell'accertamento della colpevolezza. Questo indirizzo è ben individuato nelle lucide riflessioni di Carrara, secondo il quale potevano essere solo quattro le ipotesi, o esigenze, che legittimavano la custodia preventiva dell'imputato, nelle quali quindi essa risultava (ingiustamente) «necessaria»: allorché si tratti di assicurare al giudice l'interrogatorio dell'imputato «ad ogni bisogno dell'istruzione» (precisando che «questa ragione cessa quando i costituiti sono esauriti»); ovvero a tutela di esigenze di conservazione della prova «togliendo all'imputato i mezzi di subornare o intimidire i testimoni, o distruggere le vestigia o le prove del suo reato» (quindi «questa ragione cessa quando il processo è compito»); per «scopi di sicurezza (...), affinché l'imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti» («ragione che non ha luogo quando trattasi di reati commessi per una occasione o passione speciale che non offre i caratteri dell'abitualità»); infine a tutela dell'esecuzione dell'eventuale pena irrogata al termine del processo «affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga» <sup>36</sup>. Si riteneva quindi che diverse potessero essere le ragioni che

---

<sup>34</sup> C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Torino, 1965, § XIX, «la strettezza del carcere non può che essere la necessaria, o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti»; è significativo che già Beccaria mettesse in evidenza che il principale ostacolo ad un ricorso eccezionale alla misura coercitiva era dato dalla difficoltà di pervenire in tempi ragionevoli all'accertamento della colpevolezza, ed infatti l'autore sosteneva che la pena fosse «tanto più giusta e utile» quanto più fosse stata vicina alla commissione del reato

<sup>35</sup> F.CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1874, pp.300 ss.

<sup>36</sup> V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.27

giustificavano il sacrificio della libertà personale dell'imputato, ma l'intento era quello di limitarne la portata e l'applicabilità.

Contrariamente a questa concezione fortemente garantista si poneva invece la l'indirizzo positivista, di portata maggiormente estensiva nell'applicazione di queste misure, favorevole ad un ricorso generalizzato alla carcerazione preventiva, non solo per scopi strettamente attinenti al processo, ma anche per scopi di tipo punitivo o esemplare ovvero per scopi di prevenzione generale e speciale, e quindi anche per rispondere e placare l'allarme sociale provocato dalla supposta commissione del fatto <sup>37</sup>. Queste conclusioni però fanno trasparire un «equivoco di fondo», dovuto all'assimilazione dell'imputato al colpevole, frutto anche della concezione positivista di netto rifiuto della presunzione di innocenza <sup>38</sup>.

Queste diverse interpretazioni hanno trovato spazio nella disciplina del processo penale, in diversi momenti storici. La concezione liberale venne accolta nel codice di procedura penale del 1913, nel quale la restrizione della libertà personale nel corso del processo venne considerata come eccezionale e quindi limitata quindi alle sole esigenze strettamente connesse al processo. Alla luce di questa logica di fondo si procedette a ridurre le ipotesi nelle quali era possibile ricorrere al mandato di cattura obbligatorio, venne ampliato l'ambito applicativo della libertà provvisoria, e venne introdotta la scarcerazione automatica per decorrenza dei termini <sup>39</sup>. Successivamente, nella legislazione fascista e in particolare nel codice Rocco del 1930 la questione venne considerata prescindendo dal principio della

---

<sup>37</sup> O.DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza in Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p.223, secondo l'autore per i positivisti il processo penale doveva mutare di significato «da istituzione disciplinata entro un'ottica garantista in uno strumento interamente polarizzato sulla difesa sociale»

<sup>38</sup> Vedi V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.43

<sup>39</sup> Si evidenziano comunque alcuni limiti nella nuova disciplina, anche per quanto riguarda la scarcerazione automatica per decorrenza dei termini, che trovava applicazione solo nella fase istruttoria, vedi V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p.12; G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 198-199



presunzione d'innocenza e nell'ottica della assoluta preminenza degli interessi collettivi su quelli del singolo, finalizzando l'istituto soprattutto alle esigenze di difesa sociale, secondo l'idea sottesa di considerare l'imputato come già colpevole <sup>40</sup>. Nel contesto autoritario, prescindendo quindi da un accertamento definitivo della colpevolezza e considerando prevalente l'esigenza della difesa della società nei confronti di un imputato considerato come pericoloso e quindi incline a determinarsi a nuovi reati, ne derivava una certa coincidenza di funzioni tra le misure di sicurezza e la custodia preventiva, tanto da considerare quest'ultima come una «misura di sicurezza processuale» <sup>41</sup>. Si giustificava in questo modo la possibilità del sacrificio della libertà personale dell'imputato in virtù del «grave allarme pubblico» destato dalla sua condotta, piegando quindi le misure cautelari a finalità del tutto estranee rispetto al processo mediante l'ingresso della funzione di prevenzione generale, tipica della pena, nella singola vicenda processuale. Non a caso, contrariamente al codice precedente, sono ampliate le ipotesi di cattura obbligatoria, e viene eliminata la scarcerazione automatica concepita come lesiva dell'interesse della collettività.

Solo con la Costituzione, con i principi da essa sanciti in materia di libertà personale e in virtù di una rinnovata gerarchia dei valori nel rapporto tra autorità e cittadino anche all'interno del processo penale, ha acquistato un diverso significato la possibilità di adozione di misure restrittive della libertà personale nel corso del processo <sup>42</sup>. Si ritorna così al problema da cui abbiamo preso le mosse, quello della necessità di individuare, oggi, finalità che possano legittimamente consentire una limitazione della libertà personale in pendenza del giudizio, questa

---

<sup>40</sup> Il codice segnerà l'abbandono, oltre che della presunzione d'innocenza, anche della logica della stretta necessità nell'ambito delle misure coercitive; diversa sarà la considerazione della libertà personale dell'individuo a seconda della sua condizione sociale; al pubblico ministero si attribuisce il potere di disporre della libertà dell'imputato, vedi V.GREVI, op. cit., p. 15; G.AMATO, op. cit., p. 270

<sup>41</sup> V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976. p.32

<sup>42</sup> G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 619

volta però, differentemente dalle direzioni interpretative espresse nel contesto storico precedente, dovendo e potendo fare riferimento ai limiti e alle garanzie che dal sistema costituzionale discendono in questa materia. Se è vero infatti che il testo costituzionale non esplicita le finalità consentite per limitare la libertà personale, dovrebbe comunque ritenersi sicuramente contraria alla previsione costituzionale la norma ordinaria che prevedesse la possibilità di provvedimenti restrittivi della libertà personale senza aver tipizzato, in termini generali e astratti, gli estremi che ne costituiscono il presupposto <sup>43</sup>.

In questo nuovo contesto costituzionale si è comunque affermata, come nell'impostazione classica, la possibilità di individuare una «pluralità di fini» cui indirizzare la misura cautelare. Questa pluralità di scopi della misura cautelare è stata ricondotta non solo alle esigenze che già in passato erano state individuate come strettamente attinenti al processo penale, quali l'esigenza di carattere istruttorio e quella di garanzia della fase esecutiva del giudicato, ma si è nuovamente affermata la possibilità di adottare le misure cautelari anche per far fronte al pericolo che l'imputato possa commettere ulteriori delitti nel corso del processo, sulla base di una prognosi di pericolosità condotta dal giudice e con una finalità che si lega alla necessità di una reazione della collettività di fronte alla supposta commissione del reato. Rimane ferma quindi anche la possibilità di configurare un'esigenza cautelare che si discosta dalla logica strettamente processuale per rispondere ad una esigenza di tutela della collettività e che inevitabilmente richiama

---

<sup>43</sup>Così G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.310, ma anche G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 614 per il quale la riscontrata presenza di un vuoto dei fini «(...) non significa che possa comunque essere messo in discussione il requisito di tassatività della predeterminazione legislativa, vale a dire della formulazione dei presupposti specifici sui quali deve vertere la valutazione del giudice, che in nessun caso può essere messo in condizione di stabilire liberamente lo scopo in vista del quale è chiamato ad emettere il provvedimento: è questo il più importante, benché parziale, adempimento al quale è chiamata la legge (...)»

una visione sostanziale della misura cautelare che la avvicina alla funzione che è propria della pena.

Alla luce di questa ricostruzione si è anche sostenuto che non è difficile cogliere in queste tre ipotesi un ordine graduale di identificazione dell'imputato al colpevole <sup>44</sup>. Questa identificazione sarebbe massima nel caso dell'esigenza derivante dalla pericolosità sociale dell'imputato, in quanto sembra che qui la misura cautelare presupponga l'attribuzione certa all'imputato del reato, ed è finalizzata ad impedirgli di commettere ulteriori delitti. Con minore intensità si presenterebbe questa equiparazione nel caso di una misura cautelare disposta per assicurare l'esecuzione della pena, facendo della prima una premessa quasi necessaria della seconda, nell'ottica per la quale il processo tende "naturalmente" verso la pena. Minore, ma comunque sussistente sarebbe l'equiparazione nell'ipotesi dell'esigenza istruttoria, nel timore che l'imputato possa «inquinare» le prove, quasi che questi per dimostrarsi innocente abbia bisogno di alterare lo stato dei fatti <sup>45</sup>.

Per dare una soluzione sistematica, in certo senso definitiva, al vuoto dei fini e per chiarire quali esigenze possano legittimare vincoli alla libertà personale e quali invece dovrebbero rimanere estranee alla luce delle previsioni costituzionali è stato proposto un diverso tipo di ricostruzione delle finalità possibili della misura cautelare adottata nei confronti dell'imputato in attesa di giudizio. Secondo la dottrina maggioritaria il problema del «vuoto dei fini» può trovare soluzione avuto riguardo anche ad altre disposizioni del testo costituzionale <sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> G.AMATO, op.cit. p.376

<sup>45</sup> Critico nei confronti di questa ricostruzione, P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p. 125 ss. , il quale ne evidenzia la eccessiva rigidità; allo stesso modo G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 623

<sup>46</sup> Su questa linea, con varie accentuazioni V.GREVI, op. cit. pp. 36 ss., G.AMATO, op. cit., p.373, G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p.35, nonché dello stesso autore *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 620 M.PISANI, *Libertà personale e processo, La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Indice penale*, 1970, p.185 il quale ritiene che « (...) la norma va

Sembra infatti difficile pensare che il legislatore costituente, in una materia così delicata e fondamentale, abbia voluto omettere completamente ogni riferimento alle finalità delle misure restrittive della libertà personale. Per quanto attiene alla libertà personale dell'imputato nel processo penale è stato sottolineato lo stretto rapporto che intercorre tra l'art. 13 e l'art. 27, comma 2, della Costituzione. In quest'ultima disposizione si concretizza il principio della presunzione di non colpevolezza poiché si afferma che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», con il corollario necessario secondo cui il trattamento dell'imputato non può essere equiparato a quello del soggetto di cui sia stata definitivamente accertata la colpevolezza: in questo modo il principio configura un limite finalistico per tutte le misure restrittive che possano disporsi nei confronti dell'imputato. Proprio in relazione alle misure restrittive della libertà personale *ante iudicatum* il principio dell'art. 27, comma 2, dovrebbe infatti dimostrare la sua incidenza nel processo penale, in quanto se la persona è da presumere innocente, non si vede come possa essere destinataria di trattamenti sfavorevoli <sup>47</sup>. Sarebbe quindi la regola di trattamento, contenuto proprio del principio di non colpevolezza, a permettere di superare il denunciato vuoto dei fini: «le restrizioni della libertà personali anteriori alla condanna definitiva sono costituzionalmente accettabili a condizione che non si risolvano, a carico dell'imputato, in trattamenti conformi a una surrettizia e non consentita presunzione di colpevolezza», con la conseguenza che qualunque scopo della misura coercitiva che consideri l'imputato responsabile del fatto addebitatogli si colloca al di fuori di ciò che è

---

raccordata con una serie di altre norme di pari grado, che essa illumina, e dalle quali, a sua volta, è illuminata»; E.AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 861 - 866

<sup>47</sup> G.ILLUMINATI, op. cit., p 34, l'autore nota anche , in posizione critica, che per molto tempo il problema in discorso è stato risolto in maniera assai riduttiva, lasciando sullo sfondo la portata garantistica dell'art. 27, comma 2 della Costituzione

costituzionalmente consentito <sup>48</sup>. Si è affermato quindi che l'art. 13 della Costituzione, in quanto norma di disciplina dei mezzi limitativi della libertà personale e, perciò, norma di carattere strumentale, doveva ricevere direzione finalistica in virtù dell'art. 27, comma 2, che è una norma finalisticamente orientata <sup>49</sup>: si è così anche ritenuto che i principi dell'art. 13 e dell'art. 27 comma 2 della Costituzione si compongono in un «disegno programmatico ispirato a coerenza» <sup>50</sup>.

E' stato anche osservato che la norma fa riferimento ad una presunzione di «non colpevolezza», la quale lascerebbe spazio alla previsione di istituti limitativi della libertà personale durante lo svolgimento del processo <sup>51</sup>: si prosegue ritenendo che se la previsione costituzionale avesse affermato *tout court* la presunzione «d'innocenza» dell'imputato difficilmente si sarebbe potuta giustificare dal punto di vista logico la compresenza di tale presunzione con eventuali restrizioni della stessa libertà <sup>52</sup>, quasi che la locuzione utilizzata dal costituente rappresenti qualcosa in meno sotto il profilo delle garanzie rispetto alla seconda. Da questo punto di vista si sottolinea che anche altre disposizioni costituzionali sembrano riconoscere uno spazio limitativo di tale bene dell'imputato, come lo stesso art. 13, nel comma 5, che fa riferimento all'istituto della carcerazione preventiva, e l'art. 68, comma 2, che richiama la

---

<sup>48</sup>G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.318

<sup>49</sup>G.RICCIO, *Il principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in V.GREVI, *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, p.32

<sup>50</sup>M.PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1970, p.8, nonché in *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 1970, p.189

<sup>51</sup>M.PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 1970, p.189, dove afferma che con la formula della «non colpevolezza» prevista dall'art.27, comma 2 Cost. si è voluto dire che «in casi particolarmente gravi, l'imputato può essere sottoposto a custodia preventiva, non già perché in tal modo lo si consideri colpevole in *ante-prima*, ma perché l'attuazione della custodia preventiva può essere ragionevolmente indispensabile (...) per poter accertare se egli sia colpevole o innocente, e per poter sottrarsi al rischio di render vano l'eventuale accertamento di responsabilità»; sul punto anche G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 621-622

<sup>52</sup>G.AMATO, op. cit., p.379; V.GREVI, op.cit., p. 39

possibilità dell'arresto in flagranza. Altri autori, invece, ritengono che la contraddizione che sussiste tra la presunzione d'innocenza e la limitazione della libertà personale, non viene meno solo perché si parla di non colpevolezza<sup>53</sup>: anzi nelle concezioni più radicali, facendo leva proprio sulla presunzione di non colpevolezza si mette in discussione la stessa ragion d'essere della custodia preventiva nel nostro sistema<sup>54</sup>.

Se la premessa è da ricercare nell'art. 27, comma 2 della Costituzione, l'attenzione si concentra nell'individuare il punto di equilibrio fra esigenze contrapposte, tra autorità e libertà nel processo, cercando di desumere quali possano essere le ragioni idonee ad imporre all'imputato un sacrificio della libertà personale stante il principio che esclude la possibilità di equipararlo al colpevole fino alla condanna definitiva. Solo tenendo conto delle finalità che si vogliono perseguire con lo strumento cautelare è possibile verificare che il trattamento dell'imputato sia distinto da quello del colpevole<sup>55</sup>. Se l'imputato non può essere considerato colpevole fino al definitivo accertamento condotto dal giudice all'esito del processo, allora la sua libertà personale non potrà subire vincoli di alcun tipo nel corso del processo sulla base di un'anticipazione del giudizio di colpevolezza, la quale verrebbe a far configurare la misura cautelare come un'anticipazione illegittima della pena<sup>56</sup>.

Su questo punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale con la sentenza 64 del 1970 affermando che «la carcerazione preventiva va disciplinata in modo da non contrastare con la

---

<sup>53</sup> G. ILLUMINATI, op. cit., p. 35, nonché in *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 956, dove afferma, in relazione a quella interpretazione, che «si potrebbe giungere alla conclusione che, non esistendo alcuna presunzione d'innocenza (...) ma solamente una presunzione di non colpevolezza, non ci sia comunque questione di legittimità per qualsiasi restrizione della libertà personale disposta prima della condanna»

<sup>54</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 566 ss.

<sup>55</sup> G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 958

<sup>56</sup> Per una considerazione più ampia del principio dell'art. 27 comma 2 della Costituzione si rimanda alla trattazione successiva nel § 1.2

presunzione di non colpevolezza dell'imputato, e non può avere la funzione di anticipare la pena, ma va disposta in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo»<sup>57</sup>. La corte chiarisce quindi che la restrizione della libertà personale deve essere disciplinata in modo tale da non contrastare con una delle garanzie fondamentali della suddetta libertà: la presunzione di non colpevolezza dell'imputato. La garanzia, che vincola non solo il legislatore ma anche il giudice, comporta che la misura cautelare non può avere la funzione di anticipare una pena che può essere irrogata, ma solo all'esito dell'accertamento definitivo della colpevolezza<sup>58</sup>. Avuto riguardo proprio a quanto la Corte aveva affermato in questa decisione, è sembrato quasi un «paradosso» che in pronunce più recenti lo stesso giudice sia giunto a ritenere «manifestamente non conferente» il richiamo all'art.27, comma 2 della Costituzione nelle questioni di costituzionalità davanti allo stesso sollevate inerenti alla materia cautelare, facendo riferimento ad una pretesa «estraneità» di quel parametro «all'assetto e alla conformazione delle misure restrittive della libertà personale che operano sul piano cautelare, che (si è ritenuto) è piano del tutto distinto da quello concernente la condanna e la pena»<sup>59</sup>.

Sulla base di questa ricostruzione si è proceduto anche a valutare la compatibilità con il dettato costituzionale delle diverse esigenze e motivi che erano stati prospettati come fondamento della misura cautelare. Le esigenze endoprocessuali, consistenti nel pericolo

---

<sup>57</sup> Corte Cost., sentenza 4 maggio 1970 n.64, in *Giur. Cost.* 1970

<sup>58</sup> Per un commento alla decisione vedi G.ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.117 il quale ritiene che la sentenza è importante « perché identifica la presunzione di non colpevolezza come parametro di legittimità delle norme riguardanti la custodia cautelare»

<sup>59</sup> Le pronunce alle quali si fa riferimento sono: Corte Cost., ordinanza 18 ottobre 1995 n.450, in *Giur. Cost.*, 1995, IV, pp. 3540 ss., nonché l'ordinanza 12 luglio 1995 n.339, in *Giur. Cost.*, 1995, III, pp. 2564 ss. ; sul punto si rimanda a G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.320

dell'inquinamento probatorio e nel pericolo di fuga, riconosciute come le uniche finalità legittime già in epoca illuministica in virtù del criterio della «stretta necessità», a parere della dottrina maggioritaria sarebbero compatibili con il dettato costituzionale. Questo perché essendo esigenze strettamente legate al processo non sconfinerebbero nell'assimilazione trattamentale dell'imputato al colpevole e sarebbero distanti dalla logica sanzionatoria che è propria della pena. Al contrario oltre ad escludere, come detto, che la misura cautelare, possa essere finalizzata ad anticipare la pena e che possa quindi avere funzione sanzionatoria, si è anche escluso che possa avere lo scopo intimidativo od esemplare in quanto altrimenti si parlerebbe più propriamente di una «presunzione di colpevolezza». L'esemplarità, infatti, è una categoria che implica un riconoscimento univoco e categorico della colpevolezza, che non può giustificare il trattamento inflitto a chi sia solo imputato per quanto gravi posano essere gli indizi a suo carico <sup>60</sup>. Anche l'esemplarità è un concetto che si lega al tema della pena, al trattamento punitivo in senso stretto e all'idea di prevenzione generale.

Alla stessa conclusione sembra doversi giungere in relazione ai motivi di «allarme sociale» che possono seguire al reato, finalizzati a placare il turbamento collettivo, perché anche qui l'equivoco di fondo è sempre quello di una equiparazione tra l'imputato e il colpevole, nella logica della presunta colpevolezza <sup>61</sup>. Anzi in questo caso sarebbe ancora più irragionevole la restrizione della libertà personale, che dipenderebbe da fattori esterni ed estranei rispetto al processo, e cioè

---

<sup>60</sup> G.VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p.1120

<sup>61</sup> V.GREVI, op. cit. p.42-43, secondo il quale «solo ragionando entro lo schema logico della presunta colpevolezza dell'imputato potrebbe concepirsi la sua incarcerazione come strumento sedativo delle ansie e dei timori suscitati dal reato, mentre una siffatta concezione appare insostenibile in un sistema processuale fondato sulla presunzione di non colpevolezza, ed anzi decisamente intollerabile laddove sembra riecheggiare il barbaro rituale del capro espiatorio»; G.VASSALLI, op. cit. p.1121; G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 614 il quale ritiene che in questi casi si tratterebbe « (...) di provvedimenti aventi esattamente la medesima natura e funzione della pena»



dal grado di ansie e timori suscitati nella collettività dalla commissione del reato. Verrebbe a soddisfarsi quindi non più un «bisogno di giustizia e di verità», che trova spazio nel processo, ma un «bisogno di reità», in risposta alle richieste della società. E' chiaro che la commissione del reato possa destare nella collettività un certo allarme, teso a rivendicare esigenze di tutela della stessa, ma a ciò dovrebbe risponderci con la pena o con la misura di sicurezza quando però la colpevolezza possa dirsi certa. La misura cautelare in questi casi sarebbe una sostituzione provvisoria della pena, in chiaro contrasto con l'art.27, comma 2 della Costituzione.

### 1.1.2 In particolare: la finalità di prevenzione speciale

Sulla base di queste considerazioni, critica è la posizione anche per quanto riguarda l'esigenza di prevenzione speciale, volta ad impedire la commissione di ulteriori reati <sup>62</sup>. Anche a questo proposito si sottolineano i dubbi di compatibilità con la volontà costituzionale, e con il rispetto del principio di non colpevolezza in particolare, in quanto anche in questa ipotesi si tornerebbe a configurare il soggetto sottoposto ad un procedimento penale come già colpevole <sup>63</sup>. Questa

---

<sup>62</sup> G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979 , p. 42 ss. «se si vuole evitare che la carcerazione preventiva rappresenti una pura e semplice anticipazione della pena, dunque, non si dovrebbe consentire l'ingresso di concetti quali l'allarme sociale generato dal reato e l'esigenza di una immediata reazione della collettività; o quali il pericolo di commissione di nuovi reati»; nonché G.ILLUMINATI, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 614 dove afferma che l'esigenza di difesa sociale «(...) ha una portata talmente generale da non consentire un minimo di specificità» e che soprattutto «è contraddittorio parlare di difesa sociale e negare al contempo l'identificazione della carcerazione preventiva con la pena (...)» O.DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti del processo penale*, Milano, 1985, p. 240 ss. ;G.AMATO, op. cit., p.380

<sup>63</sup> V.GREVI, voce in *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.* , XXIV, Milano, 1977, p. 333, secondo il quale « per chi ritenga (...), seguendo l'interpretazione più attenta a cogliere i rapporti di connessione e di incidenza dell'art.27 comma 2 rispetto all'art. 13, che l'imputato non può venire privato della libertà personale in forza della sola affermazione di colpevolezza (...), non sembrano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27 comma 2 Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della custodia preventiva in funzione di prevenzione speciale, cioè come

esigenza verrebbe a configurarsi quando si ipotizza che il soggetto abbia commesso un reato per il quale è pendente il processo che lo vede imputato, nelle more del quale viene ad essere applicata una misura cautelare, in un momento in cui evidentemente non si è ancora giunti ad accertare la colpevolezza. Qui la misura cautelare dovrebbe legittimarsi sulla base di un giudizio condotto in merito alla pericolosità sociale del soggetto, che verrebbe però a fondarsi sulla presunzione che lo stesso sia riconosciuto come colpevole del reato oggetto dell'imputazione, dal quale si desume il pericolo. In altri termini si presume vi sia pericolo che, avendo già commesso un reato, possa determinarsi alla realizzazione di ulteriori delitti: ciò dovrebbe giustificare la restrizione della libertà personale, per una finalità di sicurezza sociale <sup>64</sup>. Si sostiene, però, che l'interpretazione derivante dall'art.13 e 27, comma 2, della Costituzione dovrebbe condurre a ritenere che non basti la sola «affermazione» (o una ipotesi) della colpevolezza, anche se basata su indizi o prove, dovendo attendersi che la colpevolezza sia «accertata» <sup>65</sup>: «prima che sia certa la commissione di un reato, la pericolosità rimane meramente ipotetica: non molto diversamente da quella che potrebbe supporre nei confronti di qualsiasi persona non imputata» <sup>66</sup>.

Non a caso pur nel riconoscimento che le misure cautelari possano avere una pluralità di scopi, questa esigenza di difesa sociale sembra essere quella più debole e allo stesso tempo più difficile da giustificare, da alcuni autori radicalmente esclusa. Da una parte la società richiede

---

*misure de sureté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato»; allo stesso modo O.DOMINIONI, op. cit. , p.242; G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979 , p.43; G.AMATO, op. cit., p. 380; M.PISANI, op. cit., p.190

<sup>64</sup> G.ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.116 che sottolinea che in questo modo «(...) lo scontro con la presunzione di non colpevolezza si direbbe inevitabile (...)»

<sup>65</sup> E.AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p.864

<sup>66</sup> G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p.43

che un soggetto che sia riconosciuto come pericoloso non possa essere lasciato libero di commettere ulteriori reati fino a quando la sua responsabilità sia stata definitivamente accertata nel processo. Dall'altra parte non si può giungere a fare di questa esigenza di tutela della collettività uno strumento di abuso e di mancato rispetto dell'ordinario accertamento che risulta necessario anche in relazione alla pericolosità. Tra queste due esigenze contrapposte il reale problema è quello di trovare un equilibrio. La prevenzione speciale non sarebbe sempre e comunque esclusa dalle possibili esigenze cautelari, ma la coercizione personale in questo caso deve basarsi su presupposti ed elementi che consentano di evitare proprio quegli abusi e quegli sconfinamenti <sup>67</sup>.

A fronte di posizioni fortemente contrarie alla configurazione di questa esigenza <sup>68</sup>, si collocano anche le interpretazioni che non la escludono radicalmente ma allo stesso tempo rivendicano esigenze di certezza nei presupposti normativi e di interpretazione conforme ai limiti e alle garanzie costituzionali <sup>69</sup>. In questo senso si sostiene anche che le locuzioni utilizzate per fare riferimento alle finalità di prevenzione speciale (pericolo di reiterazione dei reati, pericolo di commissione dei reati) e intese come se si presupponga, prima della sentenza definitiva, l'esistenza del reato per il quale si procede, siano eccessivamente

---

<sup>67</sup> G.VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. Pen.*, 1978, I, p. 20 ss. il quale sostiene che « (...) allora non si tratta più di ritenere la prevenzione speciale immediata come assolutamente incompatibile con l'istituto, bensì soltanto di organizzare la coercizione processuale personale sulla base di indici, di presupposti, di garanzie atti ad impedire sconfinamenti ed abusi»

<sup>68</sup> G.ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p. 115 il quale afferma che «è evidente che in questi termini la custodia cautelare diventa difficile da distinguere dalla pena, perché con la stessa finisce con l'identificarsi, non solo strutturalmente – com'è inevitabile – ma anche in ordine ai presupposti e allo scopo»

<sup>69</sup> In questo senso, sottolineando la necessità di rigorosi limiti e controlli, M.CHIAVARIO, voce in *Libertà personale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giu.* Treccani, Roma, 1990, p.7; nonché dello stesso autore *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L.ELIA-M.CHIAVARIO, Torino, 1977, p.237 dove sottolinea che sarebbe inconcepibile che l'ordinamento disconoscesse la tutela della collettività (interesse pubblico di rilievo costituzionale) qualora venisse accertata la pericolosità dell'imputato nel corso del processo; G. CANZIO, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, p.361

formalistiche<sup>70</sup>. Da qui alcuni sostengono che in presenza di elementi probatori sufficienti, insieme alla considerazione della gravità del reato e di altri elementi che inducano il giudice a ritenere la pericolosità del soggetto, possa essere adottata una misura cautelare<sup>71</sup>.

Si è anche obiettato però che in questo modo potrebbe confondersi un istituto di diritto processuale con istituti di diritto sostanziale, quali le misure di sicurezza e le misure di prevenzione, mettendosi in evidenza che la violazione dell'art.27, comma 2, si realizza ogniqualvolta le legge equipari l'imputato al colpevole quanto ai presupposti che consentono la restrizione della libertà personale. A fronte di questa plausibile critica, appare altrettanto vero che non si possa rinunciare aprioristicamente alla possibilità di adottare misure coercitive nel corso del processo quando ciò sia richiesto dall'accertamento della pericolosità dell'individuo, il quale si presume che se lasciato in libertà possa commettere ulteriori delitti. Alcuni autori ritengono che in questa direzione si sia orientata anche la Corte Costituzionale già nella sentenza 64 del 1970, prima citata. Si è sottolineato che in quella pronuncia facendosi riferimento alla possibilità di predisporre la misura cautelare «per la soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo» sia stata proclamata una finalità di prevenzione speciale. La Consulta infatti, oltre alle esigenze legate al processo richiama anche «altre

---

<sup>70</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.134

<sup>71</sup> M.CHIAVARIO, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2006, p. 536 « se si ragiona in termini di rischio, come fattore determinante delle misure cautelari, l'obiezione appare superabile: una particolare consistenza di elementi *latu sensu* probatori - combinata con una oggettiva gravità del reato e con altre spie di pericolosità del soggetto *sub iudice* - può giustificare, se vi sono adeguate garanzie di contesto, l'adozione di tali misure, facendo risultare contemporaneamente più innocua in apparenza la terminologia impiegata per descrivere il fenomeno»; E.MARZADURI, voce in *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, vol. III, Torino, 1989, p.285 che sottolinea che il contrasto con la presunzione di non colpevolezza non deriverebbe dal dare rilievo, nelle misure cautelari, a finalità extraprocessuali, ma dal desumere un giudizio di pericolosità dalla sola presenza di un quadro indiziante a carico del soggetto. In senso contrario P. P.PAULESU, op. cit., p.135 ss.

esigenze di carattere cautelare»<sup>72</sup>, e in questo passaggio si è letto il riconoscimento della possibilità per il legislatore di presumere che, se sussistono sufficienti indizi di colpevolezza e il reato commesso sia particolarmente grave, il soggetto pericoloso possa essere destinatario della misura restrittiva per la tutela di beni che potrebbero essere pregiudicati dalla protrazione dello stato di libertà<sup>73</sup>.

Si può dire, in definitiva, che l'esigenza di prevenzione speciale è, come d'altronde quello più generale dei fini legittimi della restrizione della libertà personale, un tema ancora caratterizzato da molte incertezze e zone d'ombra. Un riferimento sicuro che può emergere da quanto è stato ricostruito nelle diverse soluzioni interpretative è che non si possa prescindere dal dettato costituzionale e dalle previsioni che più da vicino interessano tale questione. Un'interpretazione costituzionalmente orientata si impone alla luce dei beni che potrebbero risultare pregiudicati, per evitare di dare eccessivo spazio ad una «ingiustizia necessaria». La libertà personale è un valore imprescindibile dell'ordinamento, e prima ancora bene indisponibile della persona. La sua limitazione non può che ricondursi a ipotesi eccezionali e determinate, in relazione a fini costituzionalmente prescritti.

---

<sup>72</sup> Nella sentenza citata si afferma che «non si possa escludere che la legge possa (entro limiti non insindacabili di ragionevolezza) presumere che la persona accusata di un reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene disposta»

<sup>73</sup> G.VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, pp. 1130 ss.; qui l'autore riprende anche la sua precedente impostazione sull'esigenza di tutela della collettività che lo aveva portato a configurarla quale ipotesi accessoria e subordinata rispetto alle altre esigenze cautelari. Sul concetto di «accessorietà» vedi M.PARENTINI, *Esigenze di prevenzione speciale e provvedimenti limitativi della libertà personale*, in *Giur. it.*, 1988, II, p.388; in senso contrario sull'interpretazione della decisione della Corte vedi G.ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.117

## 1.2.L'art. 27 comma 2 della Costituzione. La presunzione di non colpevolezza dell'imputato

«L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», così dispone il secondo comma dell'art. 27 della Carta Costituzionale. Un richiamo ad un «principio di civiltà processuale penale»<sup>74</sup> all'apparenza scontato e naturale, ma che richiama molte questioni problematiche se declinato nel (procedimento e nel) processo penale che molto hanno occupato la riflessione teorica, a partire dalla sua stessa affermazione in seno all'assemblea costituente, e la stessa applicazione giurisprudenziale, non ultimo il rapporto di questo principio con l'istituto delle misure cautelari. Un valore, quello della presunzione d'innocenza, che viene affermato anche nelle carte internazionali<sup>75</sup>, sottolineando la centralità che assume anche nelle prospettive sovranazionali, e che è stato oggetto anche del c.d. *Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza*<sup>76</sup> volto ad armonizzare i sistemi processuali penali dei singoli stati membri dell'Unione Europea allo scopo di una sua interpretazione e applicazione uniforme. Si può sicuramente considerare come il nucleo essenziale di un vero e proprio sistema di garanzie, dal diritto di difesa a quello del contraddittorio,

---

<sup>74</sup> G.BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p.84

<sup>75</sup> Il riferimento è l'art. 11 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, emanata dall'Assemblea delle Nazioni Unite, «ogni persona accusata di reato è presunta innocente fino a che la sua colpevolezza non sia legalmente stabilita nel corso di un pubblico giudizio in cui le siano state assicurate tutte le garanzie necessarie per la sua difesa»; all'art. 6 par. 2 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* al quale si farà di seguito riferimento; all'art. 14 par. 2 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, «ogni individuo accusato di un reato ha diritto ad essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente». Altro riferimento si trova nell'art.48 della *Carta di Nizza* dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché nell'art. 108 del progetto della *Costituzione Europea* che stabiliscono che «ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata»

<sup>76</sup> Presentato dalla Commissione delle Comunità europee il 26 aprile del 2006, nel cui preambolo si legge «Il Libro verde studierà il significato della presunzione di non colpevolezza e i diritti che da essa derivano. Se dalla consultazione dovesse emergere l'esigenza, la Commissione studierà come inserire tali diritti in una proposta di decisione quadro sulle garanzie nell'acquisizione e nell'utilizzo del materiale probatorio»

dall'inviolabilità della libertà personale al principio di imparzialità del giudice, che il processo penale deve essere in grado di assicurare nei confronti dell'imputato <sup>77</sup>.

Comunemente questo principio è indicato come una presunzione, d'innocenza o di non colpevolezza, da intendersi non in senso tecnico come regole cognitive basate su criteri di frequenza (come quella dell'*id quo plerumque accidit*), ma come una garanzia volta a rappresentare un orientamento legislativo fondamentalmente liberale nei confronti dell'imputato assumendo una valenza assiomatica in quanto volto ad assicurare la prevalenza di un interesse primario: la tutela dell'imputato nei confronti dell'esercizio della potestà punitiva dello stato <sup>78</sup>.

Un principio che molto spesso, prima ancora che nell'ambito processuale, trova una scarsa sensibilità nella coscienza sociale, molto spesso pervasa da «ansie giustizialiste» <sup>79</sup>, presso la quale vi è quasi sempre una forte tendenza ad assimilare l'imputato al colpevole. Spesso nell'opinione pubblica la sola ipotesi dell'accusa viene ad assumere un valore di accertamento della responsabilità, confondendo lo status dell'imputato o dell'indagato allo status del colpevole. Questa tendenza viene ad essere accentuata dall'eco che alcune vicende giudiziarie producono sull'opinione pubblica, veicolate dalla stampa e dagli altri mezzi di comunicazione di massa, che portano a configurare un vero e proprio "processo mediatico" nei confronti dell'individuo, e che però manifestano frequentemente riflessi negativi sulla posizione del soggetto e sul processo stesso <sup>80</sup>. Non può certo nascondersi che molto spesso le notizie vengano ad essere diffuse soprattutto nella fase

---

<sup>77</sup> G.ILLUMINATI, op. cit., p. 5

<sup>78</sup> P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.60; G.BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p.85 che parla di «presunzione legale di natura politica»

<sup>79</sup> E.MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione* a cura di F.R.DINACCI, Milano, 2010, p. 303

<sup>80</sup> G.BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p.93 parla di «(...) linciaggio morale della stampa dum iudicium pendet»

iniziale del procedimento penale, nella fase investigativa, quando ancora l'imputazione deve formalizzarsi, e tende a diminuire nella fase finale della vicenda giudiziaria, quando si perviene alla decisione definitiva. E' chiaro, allora, che la stessa esposizione mediatica possa tradursi in una sorta di "sanzione atipica" nei confronti dell'indagato, con evidenti conseguenze pregiudizievoli per lo stesso, in contrasto con il divieto di qualsiasi punizione, compresa quella collettiva, prima della condanna definitiva <sup>81</sup>. Questo profilo non ha rilevanza secondaria in quanto come è stato sottolineato «quando nei cittadini non è salda la consapevolezza dell'importanza dei principi fondamentali, è vano sperare che il legislatore possa sentirsi a questi vincolato in maniera sostanziale» <sup>82</sup>.

La presunzione di non colpevolezza è strettamente legata al modo di concepire il processo penale e alla sua funzione, e tende ad esprimere una profonda connotazione ideologica, per questo motivo si comprendono le dispute che hanno da sempre accompagnato questa garanzia. Dare concreta attuazione a questo principio vuol dire porre al centro della vicenda processuale il rapporto tra l'individuo e il potere, per far prevalere il primo sul secondo. Guardare ai diversi modi in cui, nelle diverse fasi storiche, il principio di non colpevolezza è stato inteso, può essere utile per comprendere il suo reale significato e il ruolo che allo stesso dovrebbe riconoscersi, oggi, nel processo penale. *"Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare"* <sup>83</sup> può essere considerato il punto di partenza di una

---

<sup>81</sup> Sul tema G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 7 ss.; nonché lo stesso autore in *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 927 ss. dove aggiunge sul punto che «nel tentativo di acquisire consensi vengono operate scelte che si muovono in direzione diametralmente opposta ai dettami della Costituzione, ma l'indebolimento delle garanzie del processo penale equivale solamente ad una confessione di impotenza» E.MARZADURI, *Considerazioni sul significato dell'art.27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione* a cura di F.R.DINACCI, Milano, 2010, p. 303 ;P.P.PAULESU, op. cit., pp. 159 ss., anche in riferimento alla tutela dell'imputato in vinculis

<sup>82</sup> G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 9

<sup>83</sup> E' un rescritto di Traiano (Digesto, 48.19.5), «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice»



concezione antiautoritaria dell'accertamento giudiziale che sarà centrale già per i pensatori illuministi che cercano di porre la presunzione d'innocenza al centro del processo penale, nell'ottica di affermare la prevalenza dei diritti individuali sui poteri statali<sup>84</sup>. Forte è la polemica anche nei confronti di qualsiasi forma di anticipazione della pena, come detto, in quanto il diritto stesso alla libertà personale può essere limitato solo ed esclusivamente per tutelare altri diritti come la sicurezza e la salvaguardia della collettività o esigenze legate al processo. Allo stesso modo più tardi, nell'ottocento, la Scuola classica criticava gli arbitrii del processo inquisitorio e affermava la necessità di un processo penale fondato sulla presunzione d'innocenza, con inevitabili riflessi anche in merito alla libertà personale dell'imputato, la cui limitazione doveva configurarsi come ipotesi eccezionale. Sostenere la centralità della presunzione d'innocenza vuol dire non poter porre sullo stesso piano «reità» ed «innocenza» nel processo penale, in quanto la prima deve essere oggetto della decisione giudiziaria, la seconda è invece presunta per legge. Sono lucide a questo proposito le considerazioni di alcuni autori<sup>85</sup> che sostengono tenacemente la valenza del principio che deve essere il cardine del processo penale<sup>86</sup>, non solo come regola del trattamento dell'imputato

---

<sup>84</sup> C.BECCARIA, op. cit., § XVI, «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può togliergli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata»

<sup>85</sup> F.CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1881, p.31, sulla presunzione come regola di trattamento «sta a favore dell'imputato la presunzione d'innocenza che assiste ogni cittadino; e questa presunzione si piglia in mano dalla scienza penale, che ne fa la sua bandiera per apporla allo accusatore e allo inquisitore, non al fine di arrestare i movimenti dei medesimi nel loro legittimo corso, ma al fine di restringere quei movimenti nei modi, incatenandoli in una serie di precetti, che siano freno allo arbitrio, ostacolo allo errore, e per conseguenza protezione di quello individuo»; e ancora nella presunzione intesa come regola di giudizio «la scienza non ha che una sola parola: fate questo perché l'uomo da voi preso in sospetto è innocente, e voi non potete negare la sua innocenza finché non abbiate dimostrato la sua reità; né potete raggiungere siffatta dimostrazione se non correte per questa via che io vi segno»; ancora sulla regola di giudizio, F.CARRARA. *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1863, p. 380 «poiché l'ordinario degli uomini è l'innocenza, essa si presume, ed è all'accusa che corre l'obbligo di provare»

<sup>86</sup> A.STOPPATO, *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1893, p.321

ma anche come regola di giudizio <sup>87</sup>, espressa nella formula in *dubio pro reo*. Si sostiene che tra la repressione delle condotte antigiuridiche e la protezione dell'innocente debba darsi prevalenza a questa seconda esigenza, altrimenti potrebbe giungersi a conseguenze non accettabili come il danno che possa essere arrecato al soggetto ingiustamente incriminato e il discredito che si riverbera sullo stato che commetta tali ingiustizie <sup>88</sup>.

In antitesi con l'impostazione liberale si pone invece la Scuola positiva che individua come obiettivo primario da perseguire, non la protezione dell'individuo ma, la difesa della società dal delitto e dal delinquente che è visto come un soggetto che lede i valori della collettività, al fine di ristabilire un equilibrio rispetto all'eccessiva tutela dell'imputato propugnata dall'opposta concezione. Chiaramente il principio della presunzione d'innocenza viene fortemente attaccato, negato nella sua valenza di garanzia, sia rispetto al trattamento dell'imputato, riconoscendo un ampio ricorso alla carcerazione preventiva in funzione anticipatrice della pena, sia rispetto alla regola di giudizio, in quanto la presunzione di non colpevolezza sarebbe logicamente incompatibile con il principio del libero convincimento del giudice <sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, p. 15, il quale riteneva che la presunzione consiste nella «ipotesi che l'imputato è innocente(...) ed è una presunzione iuris, sino a prova contraria, sino a che non sia dimostrata la verità della imputazione(...) per cui ove la colpevolezza non si dimostri, l'imputato deve prosciogliersi»

<sup>88</sup> L.LUCCHINI, op. cit., pp. 16 ss.

<sup>89</sup> R.GAROFALO, *La detenzione preventiva*, in *La scuola Positiva*, 1892, p.199, dove si legge «a coloro che ripetono la solita vuota e assurda frase della presunzione di innocenza fino alla sentenza definitiva, rispondo che molte volte il giudizio è anticipato, e la condanna è pronunziata dal tribunale della pubblica opinione»; e ancora contro le garanzie portate da un sistema accusatorio dice, p.247, «Ma che oralità, ma che pubblicità, ma che contraddittorio, ma che pari trattamento delle parti, ma che accusa, ma che difesa, ma che presunzione di innocenza (...) sono esagerazioni codeste di un individualismo malinteso, sono fisime accademiche, il cui risultato non può essere altro che uno solo: disarmare sempre più la difesa sociale»; in posizione più moderata, prospettando il «ridimensionamento» del principio E.FERRI, *Discorso alla Camera* del 22 maggio 1912, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L.MORTARA-A.STOPPATO, III, Torino, 1915, p.353; sul punto vedi anche O.DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti del processo penale*, Milano, 1985, pp. 222-223, G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p.17; A.GHIARA, *Presunzione*

Questa concezione critica nei confronti della presunzione d'innocenza, ritenuta contraria all'idea della difesa sociale, troverà spazio anche successivamente presso gli esponenti della Scuola tecnico-giuridica, i quali negavano l'idea che la disciplina di diritto positivo potesse essere contraddetta da, o subordinata a, principi astratti come la presunzione d'innocenza. Anzi, il principio stesso veniva letto come "contraddittorio" e "paradossale" : «se si deve presumere l'innocenza dell'imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?»<sup>90</sup>. La presunzione d'innocenza viene contestata sulla base di argomenti a carattere logico formale che nascondevano «un'opzione politica ben precisa»<sup>91</sup>. Idee che troveranno seguito anche nei lavori preparatori del codice Finocchiaro-Aprile del 1913, durante i quali si discusse sulla presunzione d'innocenza, ma dove a prevalere fu la tesi che definiva il principio come «una di quelle formule retoriche che hanno la facile fortuna di piacere al maggior numero, perché si prestano all'enfasi e alla sonorità del discorso»<sup>92</sup>.

Queste istanze troveranno sviluppo nel periodo immediatamente successivo, durante il quale parte della dottrina considera il principio di innocenza come assurdo sia sul piano logico che giuridico, come superfluo e privo di ogni reale significato. Si ponevano le basi per

---

*d'innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce dei recenti interventi della Corte Costituzionale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1974, p.77*

<sup>90</sup> V.MANZINI, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, p.53, il quale prosegue «la presunzione (...) è un mezzo di prova indiretto che deduce un dato convincimento assoluto o relativo dalla comune esperienza: ora si vorrà ammettere che l'esperienza storica collettiva insegna che la massima parte degli imputati è innocente?»

<sup>91</sup> G.ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p.938

<sup>92</sup> L.MORTARA, *Discorso al senato* (5 marzo 1912), in *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1924, p.153, ancora «il codice di procedura penale non è la legge che tutela l'innocente ma, essenzialmente, uno strumento di difesa sociale contro il delitto», la presunzione di non colpevolezza è considerata, (pp.737-738), come un «errore volgare, pericoloso, perché ha educato in Italia più di una generazione proclive a vedere in ogni imputato una probabile vittima di errori e malvagità, onde il rilassamento della giustizia penale e la ormai confessata inefficacia di tutto il suo organismo e della sua azione contro l'estendersi e il proseguire della delinquenza»; e ancora «(...) altro è dire che l'accusato non si deve ritenere colpevole, altro è dire che lo si deve ritenere innocente» e quindi «è evidente l'esagerazione della seconda formula, nella quale si *perverte* il concetto della prima»; non a caso lo stesso autore richiama nel suo discorso proprio l'opera di Manzini.

quello che è stato definito un «programma di autoritarismo giudiziario»<sup>93</sup> che si imporrà con la legislazione fascista. In questo periodo, con l'eccezione di alcuni autori<sup>94</sup>, il principio è svuotato di qualsiasi valenza ed efficacia condizionante nei confronti del legislatore penale, allo stesso modo di come la libertà personale viene intesa non come un diritto del singolo ma come concessione da parte dello Stato. Queste note di riaffermazione delle supreme esigenze di difesa sociale saranno alla base dei lavori preparatori per il nuovo codice di procedura penale del 1930, che potenzia l'autorità del magistrato inquirente a scapito del ruolo delle parti private<sup>95</sup>, costruendo il processo penale sul modello inquisitorio. Nelle parole dell'allora ministro della giustizia il principio d'innocenza è concepito come «una stravaganza derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principi della rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali»<sup>96</sup>, dalle quali è facile intendere che lo stesso è rifiutato come canone processuale. Quanto alla libertà personale, il criterio della «stretta necessità», trova il suo metro di misura negli interessi repressivi dello stato<sup>97</sup>.

E' solo con il dibattito svoltosi in seno all'assemblea costituente che il principio di non colpevolezza viene ad essere sottratto all'oblio e alla polvere che lo avevano allontanato dalla centralità di ruolo che deve assumere nel processo penale. In un clima di generale rinnovamento e reazione nei confronti dell'esperienza e dell'ideologia

---

<sup>93</sup> O.DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti del processo penale*, Milano, 1985, p.227

<sup>94</sup> Carnelutti, nelle sue opere, ribadisce che è molto peggio condannare un innocente che assolvere un colpevole, in quanto l'unico interesse perseguito dalla società deve essere quello di punire i colpevoli.

<sup>95</sup> A.ROCCO, *Discorso del ministro della giustizia e degli affari di culto*, 17 dicembre 1925, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, p. 273 «l'interesse dello stato alla libertà dei cittadini innocenti, che pure indubbiamente esiste, è tutelato dal giudice, che rappresenta lo Stato nell'esercizio della funzione giudiziaria, ossia lo Stato come potere giudiziario»

<sup>96</sup> *Relazione del Guardasigilli on. Alf. Rocco al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. VII, Roma, 1929, VIII, p.22, e ancora si definisce il principio come «una tale enormità, una così patente inversione del senso logico e giuridico, che non può essere ammessa neppure come modo di dire»

<sup>97</sup> O.DOMINIONI, op.cit., p.231

fascista, doveva ripensarsi al rapporto tra lo Stato e l'individuo, reinserendo necessariamente nel processo penale i principi di tutela dell'imputato, fra i quali quello di non colpevolezza, che anzi viene a trovare espressa previsione nella Carta Costituzionale. E' quindi dai lavori preparatori che bisogna partire per fare luce sulla nuova profondità di significato del principio, tema ampiamente discusso soprattutto in relazione alla sua "formulazione letterale"<sup>98</sup>, che rifletteva però posizioni ideologiche tutt'altro che deboli<sup>99</sup>. Alla posizione radicale, ma isolata, di chi riteneva che la presunzione d'innocenza non dovesse trovare spazio nel testo costituzionale<sup>100</sup> o addirittura la negava<sup>101</sup>, si contrappose chi riteneva che la presunzione di non colpevolezza è «un principio che è necessario ammettere» considerandola come «una forma di garanzia della libertà individuale, (...) un ulteriore impedimento di quell'arbitrio che si potrebbe verificare qualora l'imputato o l'arrestato o il detenuto fosse già considerato come qualificato in senso negativo dalla società»<sup>102</sup>. Alcuni componenti dell'assemblea sottolinearono la necessità di riaffermazione del principio contro le accuse di assurdità logico-giuridica cui era andato incontro durante la legislazione fascista, nella quale il principio era negato proprio perché era una delle garanzie più importanti a tutela della libertà del cittadino, mentre doveva prevalere l'interesse

<sup>98</sup> Per l'analisi sui lavori preparatori nell'assemblea costituente vedi, O.DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti del processo penale*, Milano, 1985, pp. 232 ss.; A.GHIARA, *Presunzione d'innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce dei recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 73; G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 20 ss.

<sup>99</sup> P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.52

<sup>100</sup> On. Crispo, seduta 15 aprile 1947, in *La costituzione della repubblica nei lavori dell'assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. I, p. 902 secondo il quale la presunzione « è contrastata da tutte le norme della nostra legislazione penale», accedendo anche ad interpretazioni tautologiche ed equivocate « l'imputato sarà innocente o colpevole secondo che il giudice lo dichiarerà innocente o colpevole»

<sup>101</sup> On. Crispo , cit., « se di una presunzione si deve parlare si dovrebbe presumere non l'innocenza, ma la colpevolezza, quella derivante dalla mancata archiviazione della notizia di reato, della flagranza di reato, dalla sentenza di rinvio a giudizio»

<sup>102</sup> Sono le parole dell'on. Moro, I sottocommissione, seduta del 17 settembre 1946, in *La costituzione della repubblica nei lavori dell'assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. VI, p. 360

preminente dello stato <sup>103</sup>. La prima formulazione della norma, approvata dalla I sottocommissione, fu “*l’innocenza dell’imputato è presunta fino alla condanna definitiva*” <sup>104</sup> che divenne poi, ad opera del “comitato dei diciotto”, “*l’imputato non è considerato colpevole fino alla condanna definitiva*” approvata dall’Assemblea Plenaria della Commissione per la Costituzione, cioè l’attuale formulazione del principio costituzionale <sup>105</sup>. La formula definitiva ha sollevato un ampio dibattito e soluzioni diverse nella dottrina. Alcuni autori hanno messo in evidenza che la previsione è frutto di una soluzione di compromesso <sup>106</sup>, altri hanno evidenziato che in questo modo il legislatore costituente abbia voluto manifestare il mutamento che avrebbe dovuto registrarsi nei rapporti tra potere punitivo ed individuo nel sistema processuale penale <sup>107</sup>. Ciò che appariva chiaro era che utilizzare la formula della “non colpevolezza” era finalizzato anche ad evitare accuse di illogicità tecnico- giuridica, cui avrebbero potuto dar luogo le formule “presunto” e “innocente”. Allo stesso modo nella formula adottata trovano spazio sia la regola di trattamento dell’imputato, in vista dell’esigenza di delimitare la carcerazione preventiva <sup>108</sup> e di evitare anche nella fase

<sup>103</sup> On. Mancini, *La costituzione della repubblica nei lavori dell’assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. VI, p.361 ss.

<sup>104</sup> I sottocommissione *La costituzione della repubblica nei lavori dell’assemblea costituente*, Roma, 1970, p.361 ss., 17 settembre 1947, in relazione alla quale l’on. Tupini, presidente della medesima affermava che questa formula era il modo più chiaro di esprimere quel concetto che permette all’imputato di non essere considerato colpevole, fino a quando non sia stato definitivamente condannato, in *La costituzione della repubblica nei lavori dell’assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. I, pp. 904-905; l’on. Cevolotto invece propugnava l’uso di una formula che chiarisse meglio «l’obbligo di una prova diretta dell’esistenza del reato», in *La costituzione della repubblica nei lavori dell’assemblea costituente*, Roma, 1970, vol. VI, p. 360

<sup>105</sup> Secondo alcuni autori i motivi della modifica che fu apportata non sono chiare in quanto manca la documentazione dei lavori della costituente, vedi G.ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, p. 20; A.GHIARA, op. cit., pp. 83-84

<sup>106</sup> G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., p. 379; G.ILLUMINATI, op.cit., p. 21 il quale sottolinea che «non tutti gli interventi avessero piena consapevolezza dei problemi tecnico-giuridici e delle conseguenze politiche derivanti dall’uso dell’una o dell’altra dizione»

<sup>107</sup> O.DOMINIONI, *La presunzione d’innocenza*, cit., p.234

<sup>108</sup> On. Leone, Ass. Cost., seduta pomeridiana 27 maggio 1947, in *La costituzione della repubblica nei lavori dell’assemblea costituente*, Roma, 1970, p. 677, dove afferma che questa doveva essere contenuta «entro limiti di necessità assoluta, sicché non si possa stabilire con un arbitrio, sia pure illuminato dal senso di

dell'esecuzione, della custodia preventiva e della pena rispettivamente, l'equiparazione tra imputato e colpevole, sia le regola di giudizio orientata nel senso classico e liberale della formula "*in dubio pro reo*".

A seguito della formulazione del principio nell'art. 27, comma 2, della Costituzione, un ulteriore dibattito ha investito proprio la formulazione letterale adottata; ci si è chiesti se questa facesse riferimento ad una presunzione d'innocenza o ad una presunzione di non colpevolezza, o una non considerazione di colpevolezza <sup>109</sup>. Accedere all'una o all'altra impostazione non è senza conseguenze, in quanto, ad esempio, la formula della non colpevolezza è utilizzata da coloro che tendono a svuotare il significato della garanzia o a ridurne la sua portata. Anche la Corte Costituzionale in alcune pronunce ha dato primario rilievo al dato letterale, per sancire che non si tratta di una vera e propria presunzione d'innocenza, che sarebbe incompatibile con la custodia cautelare, e sostenendo invece che la previsione si limiterebbe a dire che « durante il processo non esiste un colpevole ma solo un imputato » <sup>110</sup>. Alcuni autori osservano però che questa concezione risulta non solo inutile, in quanto è ovvio che fino alla sentenza ci sia solo un imputato e non un colpevole e che il processo serve proprio a questa verifica, ma anche pericolosa in quanto potrebbe essere strumentalizzata per far sì che l'individuo, perché sottoposto a procedimento penale, subisca una sorta di *capitis deminutio* in materia di libertà personale <sup>111</sup>.

In realtà dovrebbe evitarsi di radicare una certa interpretazione del principio tenendo conto solo del dato letterale, e privilegiare la natura sostanzialmente ideologica della presunzione <sup>112</sup>, tenendo conto che le

---

giustizia degli organi di polizia e del magistrato, che un cittadino, fino a quando non sia definitivamente dichiarato colpevole, possa vedere ristretta la sua libertà personale»

<sup>109</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.55

<sup>110</sup> Corte Cost., sentenza 6 luglio 1972 n. 124, in *Giur. Cost.* 1972, p. 1325.

<sup>111</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.56

<sup>112</sup> G.ILLUMINATI, op. cit., p. 35; allo stesso modo G.BELLAVISTA, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p.84, secondo il quale «quando non si è presunti colpevoli, si è presunti innocenti. *Tertium non datur.*»

due formulazioni non necessariamente fanno riferimento a due concetti distinti: si tratta infatti di un principio affermato anche a livello comunitario e internazionale, laddove si parla di presunzione d'innocenza, senza ulteriori distinguo. In definitiva, le due formule ipotizzate, presunzione di non colpevolezza e presunzione d'innocenza denotano lo stesso assunto di fondo, e preferire l'una o l'altra è solo frutto di diverse concezioni storico-culturali <sup>113</sup>. Sarebbe forse da rimarcare che nonostante la chiara previsione costituzionale, ancora oggi il principio della presunzione di non colpevolezza non sembra aver avuto una efficacia pervasiva in ogni parte del processo penale, come invece sarebbe consono alla garanzia che esso rappresenta <sup>114</sup>. La presunzione sembra rimanere in una sorta di limbo, «sospesa tra l'essere e il dover essere» <sup>115</sup>. Ciò è in parte dovuto proprio alle impostazioni ideologiche e culturali, che molto spesso hanno portato a svalutare l'efficacia condizionante del principio, facendolo invece apparire come condizionato, servente rispetto ad esigenze contingenti di difesa sociale o di altri valori <sup>116</sup>. Ma una certa responsabilità può essere ricondotta anche all'inerzia che sul punto ha mostrato la Corte Costituzionale, nei casi in cui è stata chiamata a operare un vaglio di costituzionalità della disciplina processuale proprio in relazione a questo principio <sup>117</sup>, e si è sostenuto che non di rado il giudice delle leggi non abbia assegnato al principio tutte quelle conseguenze

---

<sup>113</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p. 59

<sup>114</sup> O.DOMINIONI, op. cit., p. 203 «Tra i principi costituzionali del processo non c'è forse altra norma che più dell'art. 27 cpv. postulasse all'origine un così profondo rovesciamento dei valori politico – processuali e poi, nel suo vivere pratico, abbia così poco contribuito a promuovere la trasformazione delle leggi penali»

<sup>115</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p. 13, il quale sostiene che ciò è in parte dovuto anche al tentativo di attribuire al principio un «vocazione espansiva», onnicomprensiva, che finisce per essere una dimensione etica, rispetto alla quale la disciplina normativa appare troppo distante

<sup>116</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.50

<sup>117</sup> Secondo L.RIGANTI, *La presunzione di non colpevolezza: primi appunti per una analisi giurisprudenziale*, in *Indice pen.*, 1989, p. 687, fino al 1987 erano più di ottanta le ordinanze di rimessione alla Corte fondate sull'art. 27, comma 2 della Costituzione.



concrete alle quali esso è collegato <sup>118</sup>. A fronte delle questioni sottoposte all'attenzione della Corte solo in due occasioni si è pervenuti a sentenze di accoglimento <sup>119</sup>. Troppo spesso la Corte si è limitata a pronunce caratterizzate da genericità e astrattezza senza riflessi apprezzabili sul piano esegetico e culturale, rendendo ancora attuale la riflessione di autori che l'avevano definito la garanzia come avente il « ruolo incolore di semplice aspirazione teorica » <sup>120</sup>. Forse per dare concreta attuazione alla previsione costituzionale sarebbe necessario che questa si traduca in « congegni pratici » che possano rispondere all'esigenza di garanzia che il principio di non colpevolezza richiede <sup>121</sup>; in altre parole, servono strumenti e meccanismi concreti declinati nel processo penale che diano il più ampio sviluppo alla garanzia costituzionale, e che non rendano quest'ultima un contenitore di vuota retorica.

La previsione costituzionale della presunzione di non colpevolezza racchiude in sé, come già accennato, due regole che ne costituiscono il corollario: una regola di trattamento dell'imputato e un regola di giudizio. E' necessario sottolineare che al di là della possibilità di leggere nella previsione costituzionale un duplice significato, la stessa deve essere, in primo luogo, considerata come principio regolatore unitario, poiché qualificare come innocente l'imputato, comporta necessariamente sia che la sanzione deve seguire la condanna, sia che la colpevolezza deve essere dimostrata nei modi previsti dalla legge <sup>122</sup>. L'origine di queste due diverse specificazioni del principio vengono comunemente ad essere ricondotte a due diverse matrici

---

<sup>118</sup> Sul tema anche A.GHIARA, op. cit., pp. 87 ss.; G.ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p.930 «evidentemente la Corte ha voluto evitare, per quanto possibile, prese di posizione troppo categoriche, che sarebbe poi stato difficile non portare alle estreme conseguenze»

<sup>119</sup> Il riferimento è alle sentenze 23 gennaio 1980 n. 1 e 17 febbraio 1994 n. 48

<sup>120</sup> G.ILLUMINATI, op. cit., p. 198, in riferimento al periodo di vigenza del codice del 1930

<sup>121</sup> O.DOMINIONI, op. cit., p.204

<sup>122</sup> G.ILLUMINATI, op. cit., p.28

culturali <sup>123</sup>. L'accezione in termini di regola di giudizio deriverebbe dalla tradizione dei paesi di common law, dal pragmatismo della gnoseologia giudiziaria anglosassone, nella quale non vi è stato mai un significativo collegamento tra la presunzione d'innocenza e la libertà personale dell'imputato, sottolineando invece un generale onere della prova a carico dell'accusa nel processo penale <sup>124</sup>. La presunzione d'innocenza viene ad essere intesa sia come regola probatoria che come regola di giudizio. Chiaramente questo non vuol dire che in questi ordinamenti non venga tutelata la libertà personale dell'imputato, ma forse la minore incidenza della presunzione su questa libertà è dovuta al fatto che l'idea di prevenire gli abusi in questo settore è sempre stata avvertita con l'*Habeas Corpus* <sup>125</sup>. L'accezione invece del principio nei termini di regola di trattamento dell'imputato si afferma nella cultura europeo-continentale, precisamente a partire dall'illuminismo e con l'art 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino <sup>126</sup>, come reazione al precedente *ancien regime* e al sistema inquisitorio che in esso trovava affermazione e che assimilava l'imputato al colpevole, infliggendogli, anche durante il processo misure che, per le modalità, non differivano dal trattamento punitivo, anticipando in questo modo la pena <sup>127</sup>, e che prevedeva un sistema probatorio concepito su

---

<sup>123</sup> E.AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1977, p.867, secondo il quale la doppia matrice è il frutto di un'inevitabile conseguenza dovuta alle differenti evoluzioni ed esperienze storiche dei modelli giuridici

<sup>124</sup> E' ricorrente infatti, in questi ordinamenti la formula «*innocent until proved guilty beyond any reasonable doubt*» (*innocente fino a prova contraria oltre ogni ragionevole dubbio*), che serve a fissare l'onere della prova in capo al prosecutor e ad imporre l'assoluzione dell'imputato nel caso di mancato adempimento di tale onere

<sup>125</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p. 12; O.DOMINIONI, op. cit., p. 206 secondo il quale è da sottolineare come la presenza in questo ordinamento dell'habeas corpus quale specifico strumento di tutela della libertà personale possa spiegare come su questo terreno la presunzione d'innocenza non abbia avuto né modo né ragione di far avvertire una propria immediata incidenza

<sup>126</sup> *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino*, 1789, art. 9, "Presumendosi innocente ogni uomo sino a quando non sia stato dichiarato colpevole, se si ritiene indispensabile arrestarlo, ogni rigore non necessario per assicurarsi della sua persona deve essere severamente represso dalla Legge"

<sup>127</sup> Sono celebri in questo senso i passi di VOLTAIRE, *Zadig ou la destinée*, Parigi, 1748, p. 52 «è meglio correre il rischio di salvare un colpevole, piuttosto che condannare un innocente»; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Parigi, 1751, «quando l'innocenza dei cittadini non è garantita, non lo è neppure la libertà»

presunzioni che precostituivano un giudizio di colpevolezza dell'imputato.

Entrambe queste accezioni, come si è avuto modo di dire, trovano legittimazione nella previsione costituzionale che determina quindi una sorta di polivalenza funzionale del principio. Inteso come regola di trattamento dell'imputato la garanzia si sostanzia nell'assoluto divieto di equiparazione tra l'imputato e il colpevole, e quindi nell'impossibilità di punire il primo prima della condanna definitiva <sup>128</sup>. La previsione «fino alla condanna definitiva» è volta ad individuare la durata della presunzione di non colpevolezza, che sembrerebbe individuare come momento finale quello della condanna divenuta irrevocabile, quando cioè la decisione è passata in giudicato <sup>129</sup>, anche se non mancano aspirazioni nel nostro ordinamento a rendere provvisoriamente esecutiva la sentenza di primo grado <sup>130</sup>. Questa valorizzazione del principio costituzionale si declina in un criterio regolatore dei rapporti tra l'individuo e l'autorità nel processo penale <sup>131</sup>. Invece intesa regola di giudizio la presunzione individua da un lato che l'onere della prova in merito alla responsabilità penale spetta al pubblico ministero, e dall'altro indica anche una regola di giudizio in quanto l'incertezza

---

<sup>128</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.10; G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.315

<sup>129</sup> In questo senso, G.ILLUMINATI, op. cit., p. 28 e 58, nonché *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p.945; V.GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p.32; vedi anche E.MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. Pen.*, 2000, p.232 ss.

<sup>130</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p. 78 ss., al quale si rimanda per una più articolata ricostruzione della questione, anche il relazione alle previsioni delle norme sovranazionali

<sup>131</sup> Anzi la regola di trattamento è considerata anche nella fase dell'esecuzione penale, come dimostra l'art.1, comma 5, della legge sull'ordinamento penitenziario, l. 26 luglio 1975 n. 354, dove si prevede « il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva»

processuale gioca a favore dell'imputato, secondo il canone classico "*in dubio pro reo*" <sup>132</sup>.

Ai fini del tema che qui stiamo considerando è chiaro che la presunzione della colpevolezza intesa come regola di trattamento dell'imputato abbia un significato prevalente. Disporre una misura cautelare nel corso del procedimento, o del processo penale, apparirebbe manifestamente contrario all'imperante divieto di equiparazione dell'imputato al colpevole. La presunzione di non colpevolezza è una garanzia e un diritto fondamentale dell'imputato, che si traduce nel divieto di ogni tipo di equiparazione nel trattamento di questo al condannato. Potrebbe apparire una conclusione ovvia questa distinzione, e che invece finisce per assottigliarsi fino a configurare ipotesi di assimilazione nel loro trattamento. Ciò avviene attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori atipici, indipendentemente dall'accertamento della responsabilità, chiaramente non attraverso la applicazione di una pena vera e propria ma attraverso altre forme di trattamento a questa equiparabili <sup>133</sup> : «il principio di legalità verrebbe ad essere formalmente rispettato, ma il conflitto con la presunzione d'innocenza si direbbe inevitabile» <sup>134</sup> . Forme di trattamento che si sostanziano nell'esercizio di poteri strumentali di coercizione che costituiscono un aspetto strettamente legato al processo penale e al suo funzionamento. Il riferimento va chiaramente alla applicazione di misure cautelari che comportano forme di soggezione e di sacrificio della libertà personale dell'imputato già nella fase del procedimento penale, determinando una condizione sfavorevole per lo stesso per il solo fatto di essere sottoposto al processo. Affiora allora una situazione che appare quantomeno contraddittoria: da una parte l'imputato, come vuole la Costituzione, dovrebbe essere trattato come innocente, ma

---

<sup>132</sup> Vedi G. DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p.316

<sup>133</sup> In questo senso, sottolineando la somiglianza tra la pena e le misure cautelari, vedi P.P. PAULESU, op. cit., p.120

<sup>134</sup> G. ILLUMINATI, op. cit., p.31 ss.

dall'altra viene sottoposto a misure che non sono tanto distanti dalle conseguenze che deriverebbero dall'accertamento della colpevolezza. Ciò viene ad essere giustificato, da un punto di vista generale e comune ad ogni processo, per motivi pratici: il processo necessita di un certo arco temporale per arrivare a conclusione, e durante questo periodo di tempo può risultare necessario anticipare gli eventuali esiti<sup>135</sup>. Per questo motivo ogni processo conosce forme di misure cautelari processuali, ma quando si tratta del processo penale anticipare gli effetti vuol dire anticipare la pena, in un momento in cui non vi è ancora una certezza in merito alla colpevolezza dell'imputato che potrebbe vedere limitata la sua libertà magari a fronte di una successiva decisione del giudice che lo riconosce innocente: ed infatti «il punto di emersione della problematicità della cautela penale, che vale a distinguerla da altri fenomeni analoghi, è data da ciò che essa implica una sofferenza indelebile» in quanto «quando l'interesse colpito dalla misura cautelare si risolve nel sacrificio della libertà personale, che è il bene più prezioso dell'uomo, evidentemente, non si può cancellare retroattivamente la sofferenza di chi l'ha subita»<sup>136</sup>. Il rischio è chiaramente quello che, per questa via, si finisca col favorire prassi preordinate ad anticipare il trattamento sanzionatorio<sup>137</sup>. La presunzione di non colpevolezza ha la funzione di spostare il rischio dei possibili esiti del processo dall'imputato allo Stato, nella necessità di ridurre al minimo i riflessi negativi sui diritti dell'individuo.

---

<sup>135</sup> Vedi sul punto G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale, La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, pp.28

<sup>136</sup> G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale, La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, pp. 32-33, il quale conclude dicendo «il pericolo della anticipazione si rivela qui in tutte le sue tragiche proporzioni»; lo stesso autore sottolinea anche un altro aspetto molto importante, e cioè che «uno degli aspetti più problematici della cautela penale ci è offerto dalla sproporzione esistente tra i presupposti, cui è condizionata la sua applicazione, e l'effetto che da essa promana» in virtù della quale si osserva «(...) uno dei campi in cui il divorzio tra la legalità, concepita come conformità alla regola giuridica, e la giustizia, intesa come conformità alla regola etica, è più netto e profondo»

<sup>137</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.120; G.ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p.958-959;

Non essendo assimilabile al colpevole prima della condanna definitiva, l'imputato può ancora legittimamente rivendicare, nei confronti dello stato, il diritto alla propria libertà <sup>138</sup>. E allora la vera questione da considerare è l'effettiva distinzione che intercorre tra le misure cautelari e le pene, che viene individuato sul piano teleologico: con le prime si persegue lo scopo della tutela del processo e del suo risultato, con le seconde la finalità della rieducazione del condannato <sup>139</sup>. Per ritenere legittime le misure cautelari a fronte del dettato costituzionale, che vieta che in ogni modo l'imputato venga ad essere equiparato al colpevole, il problema si sposta appunto sulle finalità che vengono ad essere previste come sufficienti a giustificare la restrizione della libertà personale di un soggetto – imputato - che, fino a quando il processo non è concluso con sentenza definitiva di condanna, è visto dalla Costituzione come non colpevole, e quindi a questo non equiparabile. Abbiamo già cercato di svolgere le considerazioni su questo punto precedentemente <sup>140</sup>, evidenziando la stretta relazione che caratterizza e orienta le previsioni costituzionali degli artt. 13 e 27, comma 2. Qualche ulteriore considerazione può essere svolta in relazione alla esigenza cautelare di prevenzione speciale alla luce dei rilievi svolti sul principio di non colpevolezza. Appare evidente che il giudizio di pericolosità non può precedere l'accertamento della colpevolezza <sup>141</sup>, al contrario di quanto richiede proprio l'esigenza in discussione, legata ad un giudizio anticipato di responsabilità penale e di minaccia sociale <sup>142</sup>. Si potrebbe dire che è proprio il giudizio di

---

<sup>138</sup> R.ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p. 139

<sup>139</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p.124

<sup>140</sup> A proposito del "vuoto dei fini" dell'art.13 Cost., paragrafo 1.1.1, al quale si rimanda

<sup>141</sup> G.ILLUMINATI, op. cit., p.43 «la prevenzione speciale, al pari di quella generale, è funzione tipica della pena, assieme alla funzione rieducativa indicata dalla Costituzione. Se non è ammissibile, alla luce della presunzione d'innocenza, l'anticipazione di un trattamento esemplare o-a maggior ragione- rieducativo, allo stesso modo si deve escludere che la cattura possa essere disposta per prevenire la responsabilità dell'imputato»

<sup>142</sup> P.P.PAULESU, op. cit., p. 138 ss.

pericolosità che comporta per l'imputato conseguenze pregiudizievoli proprio sul piano del trattamento. Se la funzione propria del processo è quella di accertare la colpevolezza in relazione a reati già commessi, e non impedire che altri vengano ad essere perpetrati, si potrebbe dire che quest'ultima finalità possa essere raggiunta con una più rapida definizione del giudizio e con l'effettiva applicazione della pena. Certo è difficile poter ignorare che un imputato considerato pericoloso possa essere lasciato in libertà, come detto, dovendo attendere comunque la decisione del giudice, ma è innegabile che l'attuale disciplina che considera espressamente la finalità di prevenzione speciale continua a porre i più seri dubbi di compatibilità costituzionale.

### **1.3 La libertà personale nella Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**

Dopo aver tratteggiato i rapporti tra le misure cautelari, che trovano legittimazione nell'esigenza di prevenzione speciale, e i principi costituzionali della libertà personale e della presunzione di non colpevolezza, può essere utile allargare lo sguardo anche alle fonti sovranazionali, in particolar modo alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali <sup>143</sup>, al fine di valutare la rilevanza che quegli stessi principi spiegano nell'ambito europeo, anche in considerazione dell'interpretazione e dell'applicazione che di essi fa la Corte Europea dei diritti dell'uomo.

L'art. 5 della Convenzione riconosce che «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza» attribuendo allo stesso il rango di diritto fondamentale in ogni società democratica. Si afferma, quindi, un diritto con un duplice oggetto, la libertà e la sicurezza (solo nel primo periodo del §1, in quanto le restanti disposizioni richiamano solo la libertà), che ha suscitato qualche dubbio interpretativo relativamente ai rapporti che

---

<sup>143</sup>Trattato internazionale firmato a Roma il 4 novembre 1950, e ratificato dall'Italia con l. 4 agosto del 1955 n. 848

ricorrono tra i due concetti <sup>144</sup>. La libertà personale è da intendere nel senso classico di «libertà fisica della persona», in virtù del riferimento a termini quali «arresto», «detenzione», «privazione della libertà» presenti nella norma, come interpretato anche dalla Corte europea <sup>145</sup>. La sicurezza, invece, è una nozione più ambigua, ma da intendersi in senso sostanziale, come protezione attraverso il diritto penale e le istituzioni di law enforcement dalle minacce provenienti dalla criminalità <sup>146</sup>. I due concetti però non valgono ad identificare due significati distinti <sup>147</sup>, dovendosi invece sottolineare uno «stretto vincolo unitario», intendendo la sicurezza in una concezione accessoria e procedurale, come bene strumentale al diritto alla libertà personale: se il diritto alla libertà personale rappresenta una pretesa al riconoscimento di una determinata sfera di autonomia della persona, il diritto alla sicurezza rappresenta la pretesa a che non siano disposte arbitrarie limitazioni di quella sfera di autonomia <sup>148</sup>. In questa direzione sembra muoversi anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che in una serie di pronunce ha affermato che la «*security of person*» è da interpretarsi in stretta connessione con il richiamo alla libertà fisica, escludendo quindi un significato autonomo del diritto di sicurezza e affermando che si

---

<sup>144</sup> Sul punto M.CHIAVARIO, *Il diritto alla libertà personale e i suoi limiti in La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pp. 168 ss.

<sup>145</sup> Corte eur., 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, § 58 in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); sul punto anche M.CHIAVARIO *Il diritto alla libertà personale e i suoi limiti in La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p.172 – 173, che distingue anche la detenzione, «coazione a vivere in un luogo chiuso ben determinato», dall'arresto «apprensione di un individuo da parte di un altro individuo», e proponendo una interpretazione dei due termini quanto più ampia possibile compatibilmente con la necessità di mantenere ferma l'autonomia dei due termini

<sup>146</sup> S.BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 108-109

<sup>147</sup> E' stato infatti sostenuto che il termine sicurezza andrebbe ricostruito come autonomo, come «diritto all'integrità fisica», diverso dal concetto di libertà personale

<sup>148</sup> M.CHIAVARIO, *Il diritto alla libertà personale e i suoi limiti in La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pp. 168 -169



tratta in realtà di due aspetti di un unico diritto <sup>149</sup>. Proprio la Corte di Strasburgo ha infatti sottolineato, in una interpretazione di carattere teleologico, che il fine principale dell'art. 5 è quello di impedire privazioni arbitrarie ed ingiustificate della libertà, e in questa direzione si sviluppa anche la stessa previsione della convenzione che individua sia le condizioni sostanziali in presenza delle quali è possibile disporre la limitazione della libertà personale, sia le garanzie che devono riconoscersi in capo alle persone detenute o arrestate.

Prima di tutto, però, bisogna rilevare che la disposizione si riferisce solo alla «privazione della libertà personale», intesa come misura adottata dalla pubblica autorità mediante la quale l'individuo viene costretto in un luogo determinato e delimitato, per un tempo definito, contro la sua volontà o senza il suo consenso, mentre non troverebbe spazio la sola «limitazione della libertà personale»; dato che il discrimine tra le due ipotesi non è dato dalla natura o dal contenuto, ma dalla intensità e dal grado di incisione sulla sfera del singolo, la distinzione andrà fatta caso per caso, utilizzando come parametri di riferimento il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della singola misura <sup>150</sup>.

L'art.5 §1 proclama, nel secondo periodo, una vera e propria presunzione a favore della libertà della persona, «nessuno può essere privato della libertà», e allo stesso tempo indica in termini di tassatività le ipotesi che possono legittimare la restrizione della stessa libertà disponendo «se non nei casi e nei modi previsti dalla legge» <sup>151</sup>. La

---

<sup>149</sup> Anche se in una serie di pronunce la Corte sembra individuare un significato autonomo, ex multis, Corte eur. 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, §83, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>150</sup> S.BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, op. cit., p. 111; al concetto di restrizione della libertà personale possono essere ricondotti sicuramente l'arresto e la detenzione, alla limitazione sono stati ricondotti ad esempio la misura della sorveglianza speciale, Corte eur., 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, §39, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>151</sup> G.CONSO, *Patti internazionali in materia penale ed interventi della commissione europea*. In *Riv. i.t. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 670 ss., l'autore evidenzia che l'art. 5 della convenzione a differenza dell'art. 9 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, elenca tassativamente i casi in cui l'arresto e la detenzione sono

regola anche qui, come per la previsione costituzionale, è costituita dalla libertà dell'individuo, mentre solo in via d'eccezione è possibile la restrizione, entro limiti e condizioni previste dalla norma. Ed infatti la previsione convenzionale indica una serie tassativa di ipotesi, come prima condizione fondamentale per potersi giustificare il vincolo alla libertà personale. A questo proposito la stessa giurisprudenza della Corte è costante nel ritenere non solo che l'elenco indicato dalla previsione è da intendersi come esaustivo, e quindi non passibile di ulteriori estensioni a casi non previsti, ma anche che gli stessi casi indicati sono a loro volta da interpretarsi in modo restrittivo, coerentemente con la finalità dichiarata della norma di assicurare che nessuno venga arbitrariamente privato della sua libertà. Da questo punto di vista si è sottolineato che la previsione convenzionale individua proprio quei «casi» di deroga, in un numero chiuso di ipotesi, che invece l'art. 13 della Costituzione non esplicita direttamente, dando spazio al vuoto dei fini, di cui si è detto <sup>152</sup>. Inoltre la Corte ha affermato che le singole ipotesi non hanno carattere esclusivo, e quindi la detenzione del soggetto può trovare giustificazione in diverse fattispecie <sup>153</sup>, ma allo stesso tempo individua la violazione della norma in discorso ogniqualvolta la privazione della libertà personale non sia riconducibile ad alcuna delle ipotesi indicate.

Oltre a questo principio di tassatività nella individuazione dei «casi», è possibile riscontrare nella Convenzione anche un principio di

---

consentiti, ma allo stesso tempo nel Patto sui diritti civili e politici sono meglio articolate le modalità di tutela, evidenziando inoltre ulteriori differenze tra le due fonti internazionali.

<sup>152</sup> E.AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1967, p.870; M.CHIAVARIO, op. cit., p. 176, l'autore considera anche che la convenzione diversamente dalla norma costituzionale dell'art. 13 non prevede una vera e propria riserva di giurisdizione, in questo senso anche V.ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi rom.* 1964, pp. 455 ss. e ancora M.CHIAVARIO, *Libertà personale e processo*, in *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, pp. 316 ss. anche in relazione alla mancanza di una riserva di legge pp. 314 ss.; G.CONSO, op.cit., p.671

<sup>153</sup> Ex multis, Corte eur., 24 ottobre 1997, *Jhonson c. Regno unito*, §58; Corte eur., 11 luglio 2006, *Harkmann c. Estonia*, §32, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

legalità per quanto riguarda la privazione della libertà personale, laddove si prevede «nei modi previsti dalla legge». In questo senso la norma richiede una valutazione di conformità alle norme processuali e l'osservanza delle norme sostanziali, che nelle decisioni della Corte di Strasburgo sono ricondotte sinteticamente al requisito della «*lawfulness*». Nella applicazione delle misure restrittive è richiesto, come sostiene la giurisprudenza della Corte, una valutazione: sulla “conformità” della detenzione alle norme sostanziali e processuali di ogni singolo ordinamento; sulla “qualità” del diritto nazionale, inteso come necessità di assicurare la certezza del diritto, al cui fine la legge nazionale deve essere accessibile e sufficientemente precisa; infine sulla eventuale “arbitrarietà” della detenzione, coerentemente con la finalità della previsione in esame che mira a proteggere l'individuo dall'arbitrio di misure che impongono un sacrificio al suo diritto fondamentale <sup>154</sup>. Saranno legittimi i provvedimenti restrittivi che sono conformi alla finalità della limitazioni consentite dall'art.5 §1.

Fra i casi tassativamente previsti qui interessa particolarmente quello indicato dall'art. 5 §1 lett. c) che consente misure restrittive della libertà personale « se (il soggetto) è stato arrestato o detenuto per essere tradotto davanti all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o darsi alla fuga dopo averlo commesso», in quanto riguarda le ipotesi di privazione della libertà nell'ambito di un procedimento penale <sup>155</sup>. Questa formulazione ha dato spazio ad alcuni

---

<sup>154</sup> S.BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, op. cit., pp.115 ss.

<sup>155</sup> G.CONSO, op. cit., p.671; M.CHIAVARIO, *Il diritto alla libertà personale e i suoi limiti in La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969 ,pp. 194 ss. .Le altre ipotesi previste dall'art. 5 §1 sono: lett. a) «se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente», lett. b) «se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge», lett. d) «se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente», lett. e) «se si tratta della detenzione

problemi interpretativi, in particolar modo per quanto attiene ai rapporti tra la prima parte della disposizione («se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente») e le successive tre previsioni, nonché in relazione al nesso che intercorre tra le tre ipotesi che giustificano la restrizione della libertà personale. Sul primo profilo, nonostante interpretazioni difformi, la Corte ha chiarito che la traduzione davanti all'autorità giudiziaria riguarda tutte le ipotesi di arresto e detenzione considerati nell'art.5 §1 lett. c) <sup>156</sup>; sul rapporto tra singole ipotesi, si è sostenuto che queste si configurino come ipotesi alternative e quindi sarebbe sufficiente che la restrizione della libertà sia ricompresa in una delle tre previsioni <sup>157</sup>. In realtà i maggiori problemi derivano dal fatto che la norma della Convenzione non distingue tra condizioni generali di applicabilità della misura e singole esigenze cautelari <sup>158</sup>, non chiarendo ad esempio se il «ragionevole sospetto» (che dovrebbe corrispondere *latu sensu* ai gravi indizi di colpevolezza dell'art. 273 c.p.p.) riguardi solo l'ipotesi di commissione del reato o se deve essere riferita a tutte le ipotesi, comprese le altre due. Da questo punto di vista, dato che le restrizioni di cui alla lett. c) sono quelle compiute nel corso del processo, vi dovrà sempre essere il sospetto che il soggetto abbia commesso un reato. Infatti, il ragionevole sospetto è la condizione essenziale di tutte le ipotesi di detenzione previste dalla lett. c), e anche se tale valutazione è lasciata alle autorità nazionali, la Corte di Strasburgo ha precisato che il sospetto deve essere plausibile, nel senso che gli elementi portati dall'accusa devono indurre un osservatore obiettivo a ritenere

---

regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo», e infine la lett.f) «se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o di estradizione»

<sup>156</sup> Corte eur., 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, §14, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>157</sup> M.CHIAVARIO, op. cit., p.195, il quale sostiene la non cumulatività delle ipotesi previste stante l'utilizzo della congiunzione «o», e individua la distinzione tra le prime due ipotesi di «commissione di un reato» e di «impedire di commettere un reato» intendendo la prima come sinonimo di consumazione di un reato

<sup>158</sup> G.UBERTIS, *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p.107

che la persona possa aver commesso un reato <sup>159</sup>. In relazione alla prima ipotesi, ove si ammette che l'imputato possa essere arrestato o detenuto quando vi siano ragioni plausibili per sospettare che abbia commesso un reato, sono state espresse alcune perplessità soprattutto in relazione alla compatibilità con le previsioni costituzionali, in particolare con l'art. 27, comma 2 della Costituzione. Infatti se la presunzione di non colpevolezza vieta che la restrizione della libertà personale possa giustificarsi solo in relazione alla mera affermazione di colpevolezza, a maggior ragione il vincolo non potrà giustificarsi nel nostro ordinamento in virtù del «sospetto», previsto dalla norma convenzionale, che richiama un grado di probabilità minore rispetto all'indizio o alla prova ai fini del giudizio sulla responsabilità penale <sup>160</sup>. Anche la seconda ipotesi prevista, relativa alla sussistenza di «fondati motivi di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato» pone qualche problema, in quanto si tratta di un arresto che prescinde dalla commissione di un reato, tale da richiamare una misura di prevenzione più che una misura cautelare, in quanto quest'ultima presuppone che l'illecito penale sia stato commesso e che per lo stesso sia pendente un procedimento penale <sup>161</sup>.

In definitiva la norma indica un «sospetto», il quale non richiede che la colpevolezza dell'imputato sia provata al momento della restrizione della libertà personale, ma allo stesso tempo dovranno essere considerate tutte le circostanze del caso concreto, e che il fatto

---

<sup>159</sup> Ex multis, Corte eur., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, §155, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) nella quale la corte si era soffermata sul caso particolare di gravi indizi di colpevolezza a carico dell'imputato fondati su dichiarazioni rese da pentiti

<sup>160</sup> E.AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p.872- 873, il quale conclude però ritenendo che la normativa interna, che allora richiedeva i «sufficienti indizi di colpevolezza», fosse destinata a prevalere, in quanto il semplice «sospetto» offre minori garanzie in ordine alla libertà dell'imputato

<sup>161</sup> E.AMODIO, op. cit., pp.874- 875, il quale conclude che si tratterebbe di una misura di prevenzione che non sarebbe applicabile nel nostro ordinamento in quanto verrebbe a mancare il preventivo vaglio, e la garanzia, di giurisdizionalità, attribuendone il potere ad una autorità di pubblica sicurezza; nello stesso senso M.CHIAVARIO, op. cit., p.196

addebitato deve essere un reato <sup>162</sup>, perché se la condotta non è riconducibile ad una fattispecie astratta di reato non vi potrà essere un ragionevole sospetto. Inoltre, come anticipato, la restrizione della libertà personale *ante iudicatum* dovrà essere conforme al parametro della legalità, previsto dalla norma e precisato dalla giurisprudenza comunitaria, e quindi necessariamente rispondente ad una valutazione in termini di conformità del vincolo con le previsioni sostanziali e processuali del diritto interno; sarà necessario che la legge sia sufficientemente precisa da consentire ai cittadini di prevedere le conseguenze di una data azione; infine che la restrizioni non risulti arbitraria. Sono tutte valutazioni che può compiere la Corte per sindacare la eventuale disposizione di misure che incidono sulla libertà personale del singolo ma che sono contrarie alle previsioni dell'art. 5 della Convenzione.

La norma convenzionale riconosce, quindi, almeno quattro principali esigenze cautelari, che corrispondono a quelle presenti nella maggior parte degli ordinamenti continentali <sup>163</sup>. Oltre al pericolo di fuga dell'imputato <sup>164</sup>, al pericolo di interferenze con il corso della giustizia <sup>165</sup> e alla necessità di tutela dell'ordine pubblico <sup>166</sup>, è previsto anche il pericolo di ulteriore sviluppo dell'attività criminosa, cioè il pericolo di reiterazione dei reati, quando vi sia fondato motivo di ritenere che

---

<sup>162</sup> M.CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1974, p.503, l'autore ritiene che la previsione non lasci spazio alla prevenzione di una generica attitudine al delitto, o di turbamenti della sicurezza o della moralità pubblica senza ulteriori specificazioni, ma anzi «l'art.5 §1 lett. c) serve almeno a ricordarci che, quando è in gioco la libertà personale dell'individuo, non ogni mezzo di tutela della società può essere ordinariamente consentito»

<sup>163</sup> S.BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, op. cit., pp. 152 ss.

<sup>164</sup> In relazione al quale la giurisprudenza della Corte ha chiarito che tale esigenza è finalizzata a garantire la presenza dell'imputato al processo e che nel caso concreto debbano essere considerati il carattere dell'interessato, la sua moralità, il suo domicilio, la sua professione, le sue risorse, i suoi legami familiari e i suoi legami con il paese nel quale è processato

<sup>165</sup> La Corte fa riferimento al pericolo dell'inquinamento probatorio, di subordinazione dei testimoni, di pressione sugli stessi, oppure di pericolo di collusione tra gli imputati

<sup>166</sup> Per la quale la Corte ha statuito che può configurarsi solo in circostanze eccezionali

l'imputato, se lasciato libero, possa commettere ulteriori reati della stessa specie di quello per cui è accusato. Questo pericolo deve fondarsi su elementi concreti quali la continuazione prolungata degli illeciti, l'entità dei danni cagionati alla vittima, la pericolosità dell'imputato <sup>167</sup>, i suoi precedenti, e inoltre devono continuare a sussistere le concrete condizioni che possano consentire la commissione di ulteriori reati.

E' necessario, infine, accennare alle altre disposizioni della norma che mirano a garantire la posizione dell'imputato quando sia intervenuta la privazione della libertà personale. Oltre alla previsione del §4 dell'art. 5, che sancisce che «ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima» che non sembra aggiungere alcunché all'art. 111, comma 6 della Costituzione <sup>168</sup>, e al §5 «ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione» <sup>169</sup>, la norma prevede il dovere di informare la persona arrestata dei motivi dell'accusa elevata nei suoi confronti <sup>170</sup>, al fine di rendere noti gli elementi che giustificano il provvedimento coercitivo, per consentire allo stesso anche un più efficace svolgimento del diritto di difesa. Ancora, il §3 dell'art. 5 prevede che «ogni persona arrestata o detenuta (...) deve essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto ad essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura (...)», individua un rapporto di alternatività

---

<sup>167</sup> Corte eur., 10 novembre 1969, *Matznetter c. Austria*, §9, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>168</sup> E.AMODIO, op. cit., p. 883; G.CONSO, op.cit., p.674, l'autore sostiene che la Convenzione vuole non solo il ricorso in Cassazione previsto dalla Costituzione, ma anche un ricorso nel merito, cioè l'appello ad un tribunale collegiale

<sup>169</sup> Vedi M.CHIAVARIO, *Il diritto alla libertà personale e i suoi limiti in La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, pp. 178 ss.

<sup>170</sup> Sul punto G.CONSO, op. cit., p. 673

tra il diritto ad un giudizio che si svolga in termini ragionevoli e il diritto alla scarcerazione <sup>171</sup>.

### 1.3.1 La presunzione d'innocenza nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

La Convenzione Europea esplicita anche il principio della «presunzione d'innocenza» nell'art. 6 §2, norma che nel suo complesso ha avuto una straordinaria influenza nell'ordinamento italiano, in quanto ha portato alla modifica dell'art.111 della Costituzione <sup>172</sup>, con l'introduzione dei principi dell'«equo processo», che hanno una specifica incidenza proprio nel processo penale <sup>173</sup>. La norma dispone che «ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata», introducendo in questo modo non solo una specifica garanzia per quanto attiene al processo penale, ma dilatando anche il suo raggio d'azione, come ritiene la giurisprudenza europea, al di fuori dello stesso in relazione alle dichiarazioni di un rappresentante dello stato o di un'autorità pubblica che possano dare spazio all'impressione che l'imputato sia colpevole <sup>174</sup>; in questo senso il principio mira a tutelare anche l'onore e la dignità dell'indagato o dell'imputato, per evitare che

---

<sup>171</sup> E.AMODIO, op. cit., p.886 ss., l'autore richiama l'attenzione sulla inidoneità dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza della Corte per valutare la ragionevole durata entro la quale può giustificarsi la restrizione della libertà personale, la quale fa riferimento alla complessità e all'ampiezza delle indagini necessarie per l'accertamento relativo ai fatti addebitati, e sottolinea la ratio della norma della convenzione, che si è ispirata al *reasonable time* del diritto anglosassone, nel quale il tempo intercorrente tra il momento dell'arresto o della detenzione e il dibattimento è effettivamente breve, pari ad un mese. Allo stesso modo G.CONSO, op. cit., p.673 – 674, il quale sottolinea che se è vero che già la Costituzione esige che ci sia un termine, la Convenzione europea pretende che tale termine sia ragionevole

<sup>172</sup> L. cost. 23 novembre 1999 n. 2

<sup>173</sup> Corte eur., 25 marzo 1983, *Minnelli c. Svizzera*, §1, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) afferma che tale principio è un requisito essenziale di un processo «equo»; in relazione all'importanza dell'affermazione della presunzione d'innocenza nella Convenzione, per gli effetti che ne derivano all'interno dell'ordinamento vedi M.CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p.1089

<sup>174</sup> S.BARTOLE, P.DE SENA, V.ZAGREBELSKY, op. cit., pp.222 ss.



lo stesso possa anche solo “apparire” come colpevole. La Corte europea ha ritenuto, infatti, che «la presunzione d’innocenza si trova misconosciuta se, senza previo accertamento legale della colpevolezza di un prevenuto e in particolare senza che quest’ultimo abbia avuto occasione di esercitare i diritti di difesa, una decisione giudiziaria emessa nei suoi confronti rifletta la convinzione che egli è colpevole», specificando però che questa convinzione, per essere in contrasto con l’art.6 §2 della convenzione, non necessariamente deve consistere in una «constatazione formale», in quanto può derivare anche da «una motivazione la quale faccia pensare che il giudice considera colpevole l’interessato»<sup>175</sup>. Si è ritenuto allora che quello che per la Corte risulta proibito sia «la coesistenza fra una conclusione del procedimento penale che risulti comunque raggiunta senza previo accertamento legale della colpevolezza, e l’espressione, da parte dell’organo decidente o di un altro giudice, di una convinzione nel senso, appunto, della colpevolezza»<sup>176</sup>.

Questa posizione su cui si è attestata la giurisprudenza comunitaria ha avuto anche riflessi, non sempre univoci, su una questione connessa: la riparabilità di restrizioni della libertà personale subite nel corso di un procedimento penale. Ed infatti in alcune decisioni, il giudice europeo ha escluso che potesse ritenersi violata la presunzione d’innocenza proprio nelle ipotesi in cui il rifiuto di riconoscere quella riparazione veniva ricondotto a casi in cui la decisione del giudice non avesse riconosciuto l’assoluzione anche nel merito dell’imputato: in relazione a questi casi la Corte ha infatti desunto la mancata violazione del principio d’innocenza dalla mancanza di esternazioni giudiziali che consistessero in convinzioni di colpevolezza tali da ritenersi in contrasto con la decisione comunque assolutoria (anche se non nel merito). Altre decisioni, al contrario,

---

<sup>175</sup> Così Corte eur., 25 marzo 1983, *Minnelli c. Svizzera*, §37, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>176</sup> M.CHIAVARIO, *La presunzione d’innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p.1092

hanno invece riconosciuto, in relazione alle stesse circostanze, che negare all'imputato la riparazione per la subita detenzione provvisoria, potesse risultare in contrasto con l'art.6 §2 della convenzione se dalla motivazione del provvedimento poteva desumersi una convinzione di colpevolezza senza che questa fosse stata previamente stabilita <sup>177</sup>.

Si sostiene, inoltre, che la presunzione d'innocenza che si afferma nella convenzione abbia una matrice anglosassone, laddove il nesso tra la presunzione e la libertà non riveste grande rilevanza, al contrario del valore che al principio è riconosciuto come regola probatoria, che impone al prosecutor di provare l'accusa, e di giudizio, in quanto ove residui il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato dovrà pervenirsi ad un esito assolutorio <sup>178</sup>. In questo modo sembrerebbe che la previsione costituzionale dell'art. 27, comma 2 abbia una portata più ampia, ricomprendendo anche la regola di trattamento dell'imputato, e individuando il limite di efficacia della presunzione fino alla irrevocabilità della condanna, mentre la disposizione convenzionale non fa riferimento alla sentenza definitiva di condanna ma solo al momento in cui la colpevolezza sia «legalmente accertata» <sup>179</sup>. In

---

<sup>177</sup> Sul punto si rinvia a M.CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p.1093

<sup>178</sup> E.AMODIO, op. cit., p. 867 ss., l'autore ritiene che a tale conclusione si debba pervenire non solo in relazione alla formulazione letterale, ma anche da altri argomenti sistematici che si individuano dal testo della Convenzione, in quanto è inserita in una disposizione che attiene ai vari aspetti del «right to a fair trial» che porta ad intendere il principio come regola che attiene alle attività dibattimentali più che alla libertà personale; inoltre secondo l'autore potrebbe altrimenti individuarsi una contraddizione tra la presunzione d'innocenza e la possibilità di limitare la libertà personale nei casi previsti dall'art. 5 della Convenzione; vedi anche M.CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. intern.* 1974, p. 375; in questo senso anche, ex multis, Corte eur., 30 marzo 2010, *Poncelet c. Belgio*, § 51; Corte eur., 23 luglio 2002 *Janosevic c. Svezia*, §97; Corte eur., 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué, Jabardo c. Spagna*, §77, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) laddove afferma « la presunzione d'innocenza esige, tra l'altro che nello svolgimento delle loro funzioni i membri degli organi giudicanti non partano dall'idea preconcepita che l'imputato ha commesso il reato per cui lo si persegue; l'onere della prova pesa sull'accusa e il dubbio va a vantaggio dell'accusato»

<sup>179</sup> G.CONSO, op. cit., p.676, l'autore sostiene che il principio convenzionale esiga l'eliminazione di tutti gli effetti pregiudizievoli che il nostro ordinamento oggi prevede nei confronti dell'indiziato o dell'imputato, ritenendo quindi che la presunzione d'innocenza spieghi i suoi effetti anche sul piano del trattamento; sulla

questo modo, ritenendo che la presunzione d'innocenza incida principalmente come vicolo inerente alla determinazione del contenuto della sentenza penale, prima che come regola che attiene alla libertà dell'imputato, il problema principale su cui è stata concentrata l'attenzione è stato quello relativo alla ammissibilità e legittimità, in rapporto alla convenzione, delle formule di proscioglimento dubitativo, quando le prove raccolte non risultino sufficienti a superare il ragionevole dubbio che l'imputato sia colpevole, una situazione nella quale rimane il dubbio in relazione alla sua colpevolezza <sup>180</sup>. Diverse sono state le posizioni espresse su questo punto: eliminazione della formula del proscioglimento dubitativo nel diritto interno in quanto incompatibile con la volontà della convenzione <sup>181</sup>; altri hanno sostenuto l'inidoneità della previsione ad incidere in tema di insufficienza di prove, in quanto si tratterebbe solo di un «principio di civiltà comune a più popoli»; altri ancora, in una posizione intermedia, hanno ritenuto che siano incompatibili con la presunzione d'innocenza, non la formula in sé considerata ma alcune conseguenze giuridiche sfavorevoli all'imputato che da essa deriverebbero, riconducibili al discredito che il soggetto avrebbe nella collettività e soprattutto alla mancanza di equivalenza tra assoluzione fondata su una prova piena e assoluzione con formula dubitativa <sup>182</sup>. Si è sostenuto, però, che il

---

mancanza dell'indicazione di un termine finale, M.CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1974, pp.487-488, nonché M.CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p.1091 ; vedi anche G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, pp. 24- 28, l'autore ritiene che al di là delle differenze terminologiche tra la norma della costituzione e quella della convenzione, il principio che viene affermato è concettualmente lo stesso, e quindi «le due formulazioni, si integrano e si chiariscono vicendevolmente»

<sup>180</sup> Ad oggi in relazione all'art.530, comma 2, c.p.p., inteso come sintomo della sopravvivenza della formula dubitativa, in senso critico vedi M.CHIAVARIO, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p.1092

<sup>181</sup> M.PISANI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in *Foro it.*, 1966, p.33, il quale equipara quella formula «(...) ad un residuo di quella che, in pieno regime inquisitorio, era la pena del sospetto»

<sup>182</sup> M.CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza regole di giudizio e formule di proscioglimento in La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p.392

dubbio sulla responsabilità penale, non solo non può comportare la condanna, ma neppure può ricevere un trattamento diverso dall'accertamento vero e proprio dell'innocenza, che segua ad una prova piena di quest'ultima o che risulti da un'assoluta mancanza di prova del suo contrario <sup>183</sup>. L'art. 6 §2 avrebbe un significato di garanzia per le ipotesi in cui le prove relative a qualsiasi elemento essenziale per la determinazione della responsabilità penale sono bilanciate da prove di segno contrario: in questo modo la norma svolge una sicura funzione di garanzia per l'imputato, in quanto in questi casi sicuramente non potrà parlarsi «culpabilité établie» o di «proved guilty» come vuole la convenzione, ma anzi il permanere del dubbio in merito alla colpevolezza confermerebbe la presunzione d'innocenza postulata in partenza <sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> M.CHIAVARIO, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1974,, pp.489 ss.; in questo senso anche Corte eur. 17 luglio 2010, *Tendam c. Spagna*, §37, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>184</sup> M.CHIAVARIO, *Presunzione d'innocenza regole di giudizio e formule di proscioglimento* in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969 , pp. 382-383

## CAPITOLO II

**La previsione normativa: l'art.274, comma 1 lett. c), il pericolo della  
“*reiteratio criminis*”**

### **2.1 La pericolosità sociale: Un concetto al limite tra misure di prevenzione, misure di sicurezza e misure cautelari. Il rapporto tra misure cautelari e l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza**

L'esigenza cautelare di prevenzione speciale trova il suo fondamento, e la sua giustificazione, nella necessità di tutelare la collettività da un soggetto che si presume essere pericoloso, incidendo anche sulla sua libertà personale, al fine di evitare che lo stesso possa tenere condotte tali da pregiudicare interessi penalmente rilevanti, attraverso la commissione di ulteriori reati. E' necessario quindi soffermarsi preliminarmente, seppure senza pretese di esaustività, sul concetto stesso della pericolosità sociale e sulle sue declinazioni in ambito applicativo, in quanto lo stesso parametro si pone come presupposto indispensabile di ulteriori misure oltre a quelle propriamente cautelari, quali le misure di prevenzione e le misure di sicurezza, anch'esse finalizzate ad assicurare la difesa sociale da un soggetto pericoloso, ma differenti quanto ai presupposti applicativi. Allargare lo sguardo a questi diversi istituti può risultare importante soprattutto per interrogarsi su una questione che sta alla base del nostro discorso: di fronte ad un imputato, o più in generale un determinato soggetto, che si assume essere pericoloso, può dirsi che la misura cautelare in questi casi sia la risposta più adeguata, o per meglio dire, più rispettosa delle esigenze di garanzia? O forse altre misure, in virtù dei diversi presupposti che le giustificano, possono meglio servire allo scopo? Certo è che tutti i tipi di misure che si considerano possono comportare allo stesso modo sacrifici e vincoli

della libertà personale del soggetto destinatario delle stesse, ma la differenza si ritrova nei diversi presupposti che le giustificano, i diversi momenti in cui possono trovare applicazione, la loro diversa disciplina. Se, come ritiene la dottrina maggioritaria <sup>185</sup>, legittimare la misura cautelare per evitare il rischio che vengano commessi ulteriori reati è una finalità che si allontana da logiche strettamente connesse e strumentali al processo penale, in quanto l'ambito di operatività della disposizione è guidato da coordinate poste al di fuori del processo stesso ed essenzialmente slegate dall'accertamento ivi effettuato, ed anzi ponendosi in contrasto anche con il principio costituzionale che dovrebbe ricavarsi dagli artt. 13 e 27, comma 2 della Costituzione, fare luce su questi ulteriori strumenti potrebbe, oltre che stimolare la riflessione, condurre o perlomeno suggerire soluzioni diverse.

In primo luogo «quello di pericolosità sociale è un concetto generico, potenzialmente carico di una pluralità di significati e perciò virtualmente polifunzionale (...). Quale nozione nella sostanza vicina a quella del senso comune, la pericolosità si presta infatti a fungere da comoda etichetta che canalizza un bisogno emotivo di rassicurazione nei confronti di gruppi di persone percepite di volta in volta come socialmente minacciose» <sup>186</sup>. Si può dire che la pericolosità sociale è l'esito di un giudizio prognostico di tipo scientifico-naturalistico, relativo alla probabilità di determinati comportamenti futuri di una certa persona, che fanno ritenere probabile la ricaduta nel delitto <sup>187</sup>. Si tratta

---

<sup>185</sup> Vedi § 1.1.1, in relazione alle ricostruzioni teoriche delle finalità legittime delle misure cautelari

<sup>186</sup> G.FIANDACA, E.MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, 2010 p.824; sul tema della pericolosità sociale vedi anche, soprattutto per il diverso modo di atteggiarsi nelle misure di sicurezza e in quelle di prevenzione, L.FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 573 ss.; E.MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, pp. 762ss.; P.NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, 1976, pp. 633 ss. ; A.CALABRIA, voce in *Pericolosità sociale*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. IX, pp. 452 ss. anche in relazione all'ammissibilità, all'accertamento e al trattamento della pericolosità sociale, nonché per gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale sulle presunzioni di pericolosità

<sup>187</sup> G.FIANDACA, E. MUSCO, op. cit., p. 825; gli stessi autori specificano che «la dottrina meno recente si è sforzata di precisare la nozione giuridica di pericolosità sociale, definendola ora una qualità o un modo di essere dell'autore del fatto, ora

sicuramente di una valutazione non priva di problemi, da una parte per l'impossibilità connaturata ai limiti intrinseci delle scienze umane di poter raggiungere un giudizio predittivo in termini di certezza, che molto più spesso si ferma invece, come detto, ad una prognosi nei termini della probabilità (diversamente graduata), dall'altra "pericolosa" per il rischio di affidarsi ad un concetto sostanzialmente vago e inafferrabile che può essere veicolo di volontà di mera stigmatizzazione sociale <sup>188</sup>.

È indubbio che le istanze di difesa sociale sono «una componente ontologicamente necessaria in ogni società organizzata» <sup>189</sup>, e tuttavia si assiste, nella politica legislativa e nelle tendenze giurisprudenziali, a fare del processo penale lo strumento privilegiato di difesa sociale, per far fronte alle esigenze di sicurezza e alla necessità di tutelare la collettività nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi (per l'appunto, anche mediante il ricorso alla misura cautelare) ,operando però uno sconfinamento rispetto alle finalità proprie del processo stesso che dovrebbe essere deputato esclusivamente all'accertamento della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, e che invece viene chiamato a dare risposta ad esigenze differenti, di repressione nei confronti dei soggetti pericolosi <sup>190</sup> , ponendo le basi per modelli processuali differenziati per gli imputati pericolosi funzionali all'immediato soddisfacimento di esigenze di prevenzione speciale, di neutralizzazione della pericolosità presunta <sup>191</sup>. Si è così sostenuto che

---

un'attitudine o inclinazione ovvero una proclività o tendenza dell'individuo a commettere reati»

<sup>188</sup> Vedi anche F.MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007, pp. 720 ss.

<sup>189</sup> F.BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, pp. 74 - 75

<sup>190</sup> In questo senso, O.MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, testo della relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione Franco Bricola dedicato al tema "Pericolosità e giustizia penale", Udine, 25 – 26 marzo 2011, reperibile al sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) ; l'autore ritiene infatti che «il processo penale debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri di difesa della società, di reazione esemplare, di repressione della devianza»

<sup>191</sup> In questo senso, in posizione critica O.MAZZA, op. cit., p.2- 3, il quale parla di «contaminazione teleologica del processo»

«nessuno dubita che la società debba difendersi contro la criminalità, ma il mezzo per attuare tale difesa non può essere rappresentato dall'impiego (oltretutto indiscriminato) di una misura tipicamente processuale (...)»<sup>192</sup>.

E' il presupposto della «pericolosità»<sup>193</sup> in ogni caso che legittima un bisogno di prevenzione, ma ciò che rimane da dimostrare è se e con quali forme la Costituzione abbia inteso legittimarlo<sup>194</sup>. Di fronte ad un soggetto indiziato di gravi reati, può ritenersi probabile che lo stesso possa commettere ulteriori delitti, al punto da giustificare anche la restrizione della sua libertà personale<sup>195</sup>; anche le esigenze di difesa sociale e prevenzione speciale sono meritevoli di tutela<sup>196</sup>: come ritenuto anche dalla Corte costituzionale il principio di prevenzione e di sicurezza sociale si pone come «esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento»<sup>197</sup>, ma ciò che rimane da indagare e chiarire sono i limiti dell'ambito di incidenza di queste esigenze, soprattutto quando richiedono, o impongono, sacrifici per i diritti della persona.

---

<sup>192</sup> V.GREVI, *In margine alla tavola rotonda maceratese su «carcerazione preventiva e garanzie costituzionali»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p.399

<sup>193</sup> Sul concetto di pericolosità vedi, per tutti, F.TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 6 ss.

<sup>194</sup> F.BRICOLA, op. cit., p.75

<sup>195</sup> G.VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, negli *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, vol. V, p. 1127 «la società si ribella all'idea che, scoperta che sia stata la pericolosità immediata dell'individuo in occasione di un procedimento a suo carico, costui debba essere lasciato libero di nuocere fino a che la sua responsabilità nel procedimento in corso non sia definitivamente accertata, sì che possa farsi luogo nei suoi confronti all'esecuzione della pena. Nessun sistema giuridico difensivo dei beni collettivi potrebbe organizzarsi intorno ad un simile postulato: e chi tentasse di farlo sarebbe prima o poi rovesciato dall'insoddisfazione generale, superiore ad ogni supposto principio costituzionale e ad ogni ispirazione legalitaria»

<sup>196</sup> F.CALLARI, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, reperibile al sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p.10, in nota 31, il quale sostiene che ogni società organizzata deve preoccuparsi di evitare che i reati vengano commessi, soprattutto con riguardo a soggetti dei quali si teme la pericolosità

<sup>197</sup> Corte cost. sentenza 5 maggio 1959 n. 27, in *Giur. cost.* 1959, I, p.722, nella quale si legge che «l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra i cittadini deve essere garantito, oltre che dalle norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire»



Proprio l'ordinamento prevede, come anticipato, diverse misure per far fronte a questo bisogno di prevenzione, tutte incentrate sul concetto della pericolosità.

Si può partire dalle misure di prevenzione, che postulano e si basano su una prognosi di «pericolosità potenziale» nei confronti di un soggetto che si ritiene possa commettere illeciti penali, a prescindere però dall'accertamento della colpevolezza in relazione ad un reato commesso in precedenza, e quindi senza procedere alla valutazione della concreta estrinsecazione della stessa pericolosità attraverso il compimento di un fatto di reato <sup>198</sup>. La pericolosità sociale richiesta per l'applicazione delle misure di prevenzione può essere definita come la ragionevole probabilità che la persona compia illeciti penali tali da rendere necessaria una proporzionata risposta da parte dell'autorità pubblica al fine di tutelare la collettività <sup>199</sup>. Alcuni ritengono che siano proprio le misure di prevenzione a dover essere gli strumenti privilegiati per la difesa nei confronti del soggetto pericoloso, in quanto si fondano su fattispecie di pericolosità sociale descritte dalla legge (quindi tipizzate *ex ante*), non presuppongono necessariamente la commissione di un reato (o di un quasi reato) come le misure di sicurezza, e risultano perciò idonee ad evitare per l'indiziato giudizi anticipati di colpevolezza, contrastanti con il dettato costituzionale o anche che le stesse vengano ad assumere una funzione essenzialmente punitiva <sup>200</sup>: problemi che si pongono anche

---

<sup>198</sup> Le misure di prevenzione devono essere conformi ai principi di legalità e di giurisdizionalità, e possono applicarsi a individui che verosimilmente potranno commettere reati; devono essere inoltre finalizzate per quanto possibile alla rieducazione, vedi A.CALABRIA, op. cit., p.466; per una trattazione più articolata vedi anche, P.NUVOLONE, op. cit., pp. 632 ss., anche sul tema della compatibilità di queste misure con le previsioni costituzionali

<sup>199</sup> Sulle misure di prevenzione, L.ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; F.MANTOVANI, op. cit., p. 865; G.FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig disc. pen.*, vol. VIII, 1994, pp. 109 ss.

<sup>200</sup> F.CALLARI, op. cit., p.10 – 11, il quale aggiunge che naturalmente anche le misure di prevenzione, ricollegate alla situazione concreta di un individuo gravemente indiziato di aver commesso un determinato reato, oltre alla garanzia giurisdizionale dovranno fondarsi non su semplici sospetti di futuri crimini, ma su una oggettiva valutazione di fatti in modo da escludere valutazioni soggettive e incontrollabili; nello

nell'applicazione della misura cautelare. Altri invece ritengono che le misure di prevenzione rappresentino la «scorciatoia più diretta» utilizzata dal legislatore per comminare trattamenti sanzionatori, che prescindendo dall'accertamento di una responsabilità penale si configurano come vere e proprie «pene del sospetto» in quanto finirebbero per stigmatizzare una semplice condizione personale<sup>201</sup>.

Sempre al concetto di pericolosità sociale si richiamano anche le misure di sicurezza, questa volta però secondo una valutazione prognostica della stessa che viene effettuata successivamente alla commissione di un fatto di reato, di cui è stata accertata la colpevolezza nel processo, al fine di valutare la probabilità che il soggetto commetta nuovamente ulteriori reati. L'art. 203 del c.p. dà una definizione di pericolosità sociale prevedendo che «agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente (reato o quasi reato), quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato»; risulta quindi che per le misure di sicurezza la pericolosità sociale si lega alla precedente commissione di un reato da parte dello stesso soggetto, e inoltre ai fini della sua valutazione la stessa norma prevede che «la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133». In questo caso per affermare la pericolosità sarà necessario un duplice vaglio: l'uno relativo all'analisi della personalità del soggetto, proprio sulla base degli elementi indicati dall'art.133,

---

stesso senso, sul punto della valutazione della pericolosità, Corte cost. sentenza 22 dicembre 1980 n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, p.1546

<sup>201</sup> G.ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, pp. 200-201, l'autore evidenzia i problemi di compatibilità delle misure di prevenzione rispetto all'art.27, comma 2 della Costituzione, evidenziando da un lato la natura afflittiva e repressiva di tali misure che «non differiscono sostanzialmente dalle sanzioni penali vere e proprie», dall'altro lato ritenendo che la presunzione d'innocenza non debba riferirsi, in senso eccessivamente formalistico, al solo imputato, ma deve riferirsi anche al soggetto indiziato, intendendosi come destinatario del principio d'innocenza «chiunque sia assoggettato ad un procedimento diretto all'applicazione di misure punitive di carattere penale», vedi pp.202-204

l'altro consistente nella prognosi criminale <sup>202</sup>. Inoltre la pericolosità deve essere accertata non solo in relazione al momento della commissione del fatto, ma anche nel momento in cui il giudice ordina la misura di sicurezza <sup>203</sup>.

Un aspetto peculiare delle misure di sicurezza si riscontra nel fatto che le stesse possono trovare applicazione anche nel corso del processo, prima quindi che sia accertata la responsabilità per il fatto di reato. Si tratta in questi casi dell'«applicazione provvisoria delle misure di sicurezza», che hanno in comune con la misura cautelare l'imposizione della restrizione della libertà personale dell'imputato prima della condanna definitiva. Questo istituto trova la sua disciplina negli artt. 312 e 313 del c.p.p., dove si prevede che nei casi indicati dalla legge l'applicazione delle misure di sicurezza può essere disposta dal giudice su richiesta del pubblico ministero in ogni fase del procedimento, quando ricorrono i presupposti dei «gravi indizi della commissione del fatto» e non ricorrono le condizioni previste dall'art. 273, comma 2 <sup>204</sup>. In questi casi può disporsi che il minore d'età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, vengano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio o in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia (art. 206 c.p.), quando il giudice ne abbia accertato la pericolosità. Ricorrendo queste circostanze l'autorità procedente per poter applicare provvisoriamente la misura di sicurezza deve effettuare una doppia prognosi: l'una relativa alla colpevolezza dell'imputato, l'altra relativa alla possibilità che il processo si concluda, essendo la

---

<sup>202</sup> E' stato osservato però che gli elementi indicati nell'art.133, in quanto generici, non consentono un giudizio di prognosi basato su caratteri di scientificità, fondato quindi su leggi scientifiche o su massime di esperienza conducendo quindi alla formulazione di un giudizio indeterminato, vedi L.FORNARI, op. cit., p.659

<sup>203</sup> In relazione alle misure di sicurezza si rimanda fra tutti a E.MUSCO, *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, pp. 762 ss., nonché P.NUVOLONE, op. cit., pp.650 ss.

<sup>204</sup> La disposizione prevede che «nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata»

persona socialmente pericolosa, con l'applicazione di una misura di sicurezza <sup>205</sup>. La applicazione provvisoria della misura di sicurezza richiama gli stessi problemi che si incontrano nel giustificare l'applicazione della misura cautelare in virtù dell'esigenza di prevenzione speciale: in entrambi i casi si tratterà di incidere sulla libertà personale dell'imputato, stante la sua pronosticata pericolosità, quando ancora non vi è nessuna certezza sulla sua colpevolezza quanto al fatto oggetto dell'imputazione, in un momento nel quale, al contrario, dovrebbe trovare spazio il principio di non colpevolezza. Per questo motivo, non discostandosi da quanto già detto in relazione ai fini possibili della misura cautelare, anche qui si sottolinea l'incompatibilità dell'istituto con l'art. 27, comma 2 della Costituzione, in quanto anche per la misura di sicurezza applicata in via provvisoria il vincolo alla libertà personale troverebbe fondamento in una qualificazione anticipata di colpevolezza <sup>206</sup>. Da un diverso punto di vista si è cercato invece di cogliere alcuni aspetti peculiari in questa ipotesi rispetto all'applicazione della misura cautelare per far fronte alla pericolosità sociale dell'imputato. Si è sostenuto, infatti, che in questo caso la restrizione della libertà personale non sarebbe giustificata solo dalla prognosi di colpevolezza, ma anche da un apprezzamento ulteriore attinente alle condizioni fisiche e psichiche dell'imputato, e quindi la misura di sicurezza avrebbe una «finalità prevalentemente terapeutica», corrispondente alla realizzazione di scopi costituzionali quali la protezione dei minori (art. 31, comma 2 Cost.) e di tutela della salute (art. 32, comma 1 Cost.) <sup>207</sup>. In altri termini la finalità di

---

<sup>205</sup> G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 55

<sup>206</sup> In questo senso, G. ILLUMINATI, op. cit., pp. 56 ss. il quale ritiene infatti che «gli argomenti adducibili in proposito sono gli stessi per i quali si ritiene che la custodia preventiva non possa avere funzioni di natura sostanziale, di prevenzione speciale»

<sup>207</sup> V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, pp. 308 ss., l'autore infatti non disconosce i possibili problemi di compatibilità con la presunzione di non colpevolezza, ma ritiene che «l'art. 206 c.p. esige un elemento in più, dal momento che - precisando rigorosamente l'ambito dei potenziali destinatari delle suddette misure - mostra di riferirsi soltanto ad un certo tipo di pericolosità sociale, connesso alla particolare situazione fisio-psichica dell'imputato stesso» e che

prevenzione speciale, la quale deve essere rifiutata se si tratta di misure cautelari che invece devono legarsi alle esigenze del processo, sarebbe lo scopo tipico dei provvedimenti che si ricollegano all'art. 206 c.p.

Sui rapporti tra applicazione provvisoria delle misure di sicurezza e le misure cautelari si è pronunciata anche la Corte costituzionale che ha sottolineato la diversa configurazione del concetto di pericolosità rilevante ai fini dell'applicazione delle due diverse misure<sup>208</sup>. La Corte ha ritenuto infatti che, nel caso di specie, diversamente dall'interpretazione che ne aveva dato il giudice di merito, non vi sia identità di presupposti fra l'applicazione del provvedimento cautelare di ricorso al servizio psichiatrico ospedaliero (art. 73 c.p.p.) e l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza dell'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario (art. 222 c.p.); il tipo di pericolosità sociale dell'art. 274, comma 1 lett. c) è diverso da quello richiesto per le misure di sicurezza. Infatti, prosegue la Corte «nel codice penale la pericolosità sociale è la pericolosità criminale cosiddetta generica, e cioè la probabilità che la persona commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati, mentre nell'art. 274 c.p.p. la pericolosità consiste nel concreto pericolo che la persona imputata commetta gravi delitti specificamente indicati dalla legge o delitti della stessa specie di quello

---

in questi casi l'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza hanno uno «scopo che potrebbe dirsi curativo, in quanto tendono non solo e non tanto all'isolamento dell'individuo pericoloso, bensì soprattutto al suo recupero, agendo direttamente sulla sua personalità morale e sulle sue carenze a livelli fisio- psichico»; critico rispetto a queste conclusioni G. ILLUMINATI, op. cit., p.57, che ritiene che se lo scopo terapeutico avesse effettivamente valore preminente su quello dell'isolamento del soggetto pericoloso, dovrebbe allora attendersi di avere certezza su tale esigenza che deriva però solo dall'accertamento giudiziale. L'autore ritiene infatti l'illegittimità costituzionale dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza

<sup>208</sup> Corte cost., 11 giugno 1999 n. 228, in *Giur. cost.*, 1999, III, pp. 2063 ss.; con l'ordinanza di rimessione della questione alla Corte, il gip. della Pretura di Venezia sottolineava il contrasto con gli artt. 3 e 13 della Cost. degli artt. 206 e 222, comma 1 (ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario) del c.p. e degli artt. 312 e 313 c.p.p., nella parte in cui prevedono in caso di accertata infermità di mente dell'imputato che sia anche socialmente pericoloso, l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario se il pubblico ministero ne fa richiesta, nonché stante la «infungibilità tra misura di sicurezza e misura cautelare» l'impossibilità di fare ricorso alla disposizione dell'art. 73 c.p.p. (ricorso al servizio psichiatrico ospedaliero in via cautelare quando lo stato di mente dell'imputato lo rende necessario)

per cui si procede». In sostanza quindi la Consulta richiama la differenza del concetto di pericolosità sociale, che in un caso è riconducibile alla pericolosità generica, nell'altro a quella specifica <sup>209</sup>. La soluzione offerta dal giudice delle leggi però non è apparsa chiara agli interpreti, in quanto non ci sarebbe una netta distinzione tra la pericolosità generica e quella specifica, dal momento che la seconda sarebbe, appunto, solo una «specificazione» della prima, ma anche perché in questo modo la misura cautelare potrebbe trasformarsi in una misura di sicurezza, dando luogo ad una «metamorfosi poco felice» <sup>210</sup>.

Per completezza, la pericolosità sociale è, come si è cercato di mettere in luce, presupposto anche delle misure cautelari durante il procedimento penale, proprio perché fra le esigenze cautelari, l'art.274, comma 1, lett. c) prende in considerazione la tutela dalla pericolosità sociale dell'imputato. Si deve qui sottolineare solo che la pericolosità presa in considerazione fra le finalità delle misure coercitive è una pericolosità specifica, in quanto legata al pericolo di commissione di determinati delitti che la norma espressamente prevede, e che in materia cautelare la pericolosità non si basa sull'«accertamento» della responsabilità per il reato commesso, come per le misure di sicurezza, né la valutazione in merito prescinde dalla commissione del reato stesso, come le misure di prevenzione, ma attiene ad una prognosi legata alla «probabilità» (concreta) che l'imputato sia colpevole del reato per il quale è pendente il processo, e che questi se lasciato libero possa pregiudicare le esigenze di tutela della collettività.

---

<sup>209</sup> Per il commento alla sentenza 228 del 1999 vedi L.ICARDI, *Applicazione provvisoria di misure di sicurezza e misure cautelari personali: la Corte rimarca le differenze*, in *Legisl. Pen.*, 1999, II, pp. 712-713, l'autore evidenzia inoltre che la Corte non abbia indicato un criterio in base al quale optare per la misura cautelare ovvero per l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza, quando si configurano i presupposti di entrambe.

<sup>210</sup> F.CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p.456, il quale ritiene che la tutela degli interessi collettivi richiede strumenti a ciò specificamente finalizzati

## 2.2 La giurisprudenza costituzionale in merito all'esigenza di prevenzione speciale. La sentenza 1 del 1980 sull'art.1, comma 3 della L. 152/1975

Il pericolo di reiterazione dei reati, o l'esigenza di prevenzione speciale, sono stati oggetto nel tempo anche di una serie di pronunce da parte della Corte Costituzionale, che ha mostrato un atteggiamento altalenante per quanto riguarda il suo riconoscimento sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, e quindi per quanto attiene alla sua idoneità a fungere da finalità nell'ambito delle misure cautelari. Questo progressivo percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale troverebbe il suo punto di arrivo proprio nella sentenza del 1980 nella quale viene ad essere riconosciuta la legittimità delle previsioni legislative che prevedono misure incidenti sulla libertà personale, nella specie la mancata concessione della libertà provvisoria, al fine evitare che un soggetto considerato pericoloso possa determinarsi alla commissione di ulteriori reati che pongano in pericolo le «esigenze di tutela della collettività», seppure, come si dirà, con argomentazioni che hanno lasciato spazio a qualche dubbio. L'atteggiamento che si registra nelle diverse pronunce però, come anticipato, non può dirsi che sia stato sempre chiaro e univocamente diretto al riconoscimento di questa esigenza <sup>211</sup>; anzi, in alcune decisioni proprio la Corte ha riaffermato che le finalità delle misure coercitive dovessero essere ritrovate solo in «esigenze eminentemente processuali» <sup>212</sup>, restringendo quindi l'ambito delle finalità legittime delle misure. In altri casi la Corte, mantenendo pur sempre lo stesso

---

<sup>211</sup> Vedi G.DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in G. FIANDACA - G. DI CHIARA *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp.322 ss.

<sup>212</sup> Il riferimento va alle sentenze, 6 marzo 1974 n. 68, in *Giur. Cost.*, 1974, I, pp. 276 ss. dove si legge, nella questione di legittimità costituzionale sull'art. 322, secondo comma, del codice penale militare di pace, in relazione all'art. 313 dello stesso codice, con riferimento all'art. 3 della Costituzione « (...) la carcerazione preventiva, che è giustificata da *esigenze eminentemente processuali*», e 28 maggio 1974 n.167, in *Giur. Cost.*, 1974, I, pp. 990 ss. nella quale la Corte richiama la precedente pronuncia indicata sul punto

orientamento, ha fatto riferimento a esigenze «tipicamente processuali della custodia preventiva» <sup>213</sup>, o ancora alla soddisfazione di «concrete esigenze del processo» <sup>214</sup>, infine riconoscendo alla carcerazione preventiva «un compito essenzialmente processuale» <sup>215</sup>. Nella pronuncia n. 147 del 1973 la Corte, richiamandosi ad alcune decisioni precedenti <sup>216</sup>, dichiara che la misura coercitiva è caratterizzata da «scopi essenzialmente connessi al processo e (di) natura prevalentemente cautelare» <sup>217</sup>.

Proprio a partire dagli anni settanta <sup>218</sup>, però, si delinea nelle pronunce della Corte una certa apertura verso finalità extraprocessuali della misura cautelare come dimostrano decisioni nelle quali si fa riferimento alla custodia cautelare come «rafforzato presidio di difesa sociale» <sup>219</sup>. Fra le sentenze successive della Corte, alcuni autori

---

<sup>213</sup> Corte cost., sentenza 30 maggio 1973 n. 74, in *Giur. Cost.*, 1973, I, pp. 848 ss., nella quale in relazione alle misure di sicurezza si afferma che «(...) (le) misure di sicurezza detentive sono volte ad esigenze diverse da quella *tipicamente processuale della custodia preventiva*, sicché ad esse non è applicabile il principio contenuto nell'art. 13, quinto comma, della Costituzione»

<sup>214</sup> Corte cost., sentenza 3 luglio 1972 n. 135, in *Giur. Cost.*, 1972, I, pp. 557 ss., relativa al dubbio di costituzionalità del combinato disposto degli artt. 166 e 198 del codice penale, nonché degli artt. 274, primo comma, e 488, terzo comma, del codice di procedura penale, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, la Corte afferma « Questa (la cautela processuale), infatti (...) risponde a una sua ratio, vuole soddisfare *concrete esigenze del processo* ed è subordinata alla sussistenza di particolari situazioni oggettivamente e soggettivamente diverse da quelle che inducono a non assicurare la restrizione in carcere dell'indiziato o dell'imputato»

<sup>215</sup> Corte cost., sentenza 4 giugno 1970 n. 96, in *Giur. Cost.*, 1970, I, pp. 411 ss., «(...) la carcerazione preventiva, che ha un *compito essenzialmente processuale*(...)»,

<sup>216</sup> La Corte richiama infatti sia la sentenza del 1970 n. 96 che la sentenza del 1970 n. 64; in quest'ultima si parla di un «*compito essenzialmente processuale della custodia preventiva*»

<sup>217</sup> Corte cost., sentenza 28 giugno 1973 n. 147, in *Giur. Cost.*, 1973, II, pp. 1465 ss. vertente sulla questione del computo ai fini della carcerazione preventiva da scontare nello Stato quella cui l'imputato è già stato sottoposto all'estero, si dice « La carcerazione preventiva ha *scopi essenzialmente connessi al processo e natura prevalentemente cautelare* (sentenze n. 64 e 96 del 1970) »

<sup>218</sup> In relazione a questo «capovolgimento» anche nella tendenza del legislatore rispetto agli anni 1969-1972, vedi G. CANZIO, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, p. 363

<sup>219</sup> Si fa riferimento alla sentenza 22 gennaio 1974 n. 17, in *Giur. Cost.*, 1974, I, pp. 57 ss., questione attinente all'art. 272 c.p.p. in relazione all'art. 3 della Costituzione, in merito alla possibilità di emettere nuovo mandato di cattura o di arresto per lo stesso fatto contro l'imputato scarcerato per decorrenza dei termini previsti per la fase istruttoria, la Corte la ritiene «opportuna quale *rafforzato presidio di difesa sociale*»; in relazione a questa decisione G. ILLUMINATI, *Tutela*



ritengono che la sentenza del 1976 n. 88, con la quale il giudice costituzionale era stato chiamato a pronunciarsi sulla stessa legge di tutela dell'ordine pubblico seppure in relazione ad una diversa disposizione <sup>220</sup>, possa essere considerata come una sorta di antecedente logico al pieno riconoscimento della esigenza di difesa della collettività, che avverrà pochi anni più tardi <sup>221</sup>.

Il culmine di questo percorso rintracciabile nelle decisioni del giudice delle leggi, come detto, è possibile individuarlo nella decisione del 1980 n.1 <sup>222</sup>, laddove la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 27, comma 2 e con l'art. 13, comma 2 della Costituzione dell'art. 1, comma 3 della L.152 del 1975 recante

---

*della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.119 il quale rileva che questa rappresenti «il primo segno di un cambiamento di rotta» che «iscrive la Corte tra i sostenitori della finalizzazione sostanziale della custodia preventiva (...)», in un contesto, quello degli anni '70, di emergenza terroristica, in cui prendono il sopravvento «le preoccupazioni per la tutela dell'ordine pubblico e la difesa della società»; nonché in senso critico V.GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.238

<sup>220</sup> Corte cost., sentenza 6 aprile 1976 n. 88, in *Giur. Cost.*, 1976, I, pp. 499 ss. , nella quale la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità, in relazione all'art.27 comma 2 e art. 3 comma 1 Cost. della disposizione dell'art. 1, comma 2 , lett. b, della legge 22 maggio 1975, n. 152, in base alla quale la libertà provvisoria non può essere concessa «se l'imputato di uno dei delitti previsti dagli artt. 582, primo comma, 583, 588, secondo comma, e 610 del codice penale è sottoposto ad altro procedimento per violazione di una o più delle suddette disposizioni di legge». Qui la Corte aveva «salvato» la disposizione attraverso un ragionamento inquadrato nel contesto storico-politico nel quale la legge era stata emanata, su questo punto G.CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la «legge reale» tra politica e diritto*, in *Giur. cost.*, 1980, I, p.471; in particolar modo su questa pronuncia della Corte vedi la nota critica di G.ILLUMINATI, *Una discutibile interpretazione della presunzione di non colpevolezza: la recente riforma della libertà provvisoria dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1976, I, pp.1657 ss.; nonché G.ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.120; V.GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.250-251; G. CANZIO, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, p.373

<sup>221</sup> G.CONSO, op. cit., pp. 471-472 , l'autore ritiene infatti che la decisione del 1976 sia venuta, in virtù del fatto che si basava su considerazioni generalissime valide per tutto il sistema delle limitazioni apportate alla concessione della libertà provvisoria, ad «ipotizzare la valutazione richiesta alla Corte nei confronti della norma racchiusa nella seconda parte del comma 3»

<sup>222</sup> Corte cost., sentenza 23 gennaio 1980 n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, pp. 3 ss.

“Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico” <sup>223</sup> (conosciuta anche come «legge Reale», dal nome del ministro guardasigilli dell'epoca) , il quale stabiliva che «nel concedere la libertà provvisoria, nei casi in cui è consentita, il giudice valuta che non vi ostino ragioni processuali <sup>224</sup>, ne' sussista la probabilità, in relazione alla gravità del reato ed alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, possa commettere nuovamente reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività».

Questa disposizione mirava in sostanza ad indicare i criteri ai quali il giudice doveva fare riferimento per la decisione in merito al “se” concedere o meno la libertà provvisoria, sempreché non ricorressero ragioni ostative riconducibili ai primi due commi della stessa disposizione <sup>225</sup>. La previsione di questi criteri è sicuramente

---

<sup>223</sup> In merito alla L. 152 del 1975, si veda F.BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, pp. 101 ss.; G.GALLI, *Le recenti leggi contro la criminalità*, II, *Aspetti processuali*, Milano, 1977, pp.41 ss.; V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., pp. 168 ss. ; G.VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, negli *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, vol. V, pp. 1149 ss.

<sup>224</sup> Da intendersi nel senso che non vi sia pericolo che l'imputato posto in libertà possa inquinare le prove o si sottragga ad atti probatori o si dia alla fuga per evitare l'esecuzione della condanna che sarà eventualmente inflitta

<sup>225</sup> Il primo comma dell'art.1 stabilisce che la libertà provvisoria non può essere concessa agli imputati di una serie di reati che sono tassativamente indicati, facendosi quindi riferimento alla «natura del delitto» per cui si procede, per alcuni dei quali era previsto il mandato di cattura obbligatorio, per altri quello facoltativo. In questi casi, per gli imputati che fossero stati sottoposti a carcerazione preventiva, la disposizione fa divieto al giudice di accertare il perdurare delle esigenze di coercizione, presumendolo invece *iuris et de iure* e quindi imponendo in ogni caso la continuazione della detenzione. Sul punto, anche in relazione ai dubbi di legittimità costituzionale cui può dare luogo una presunzione assoluta della “persistenza” delle esigenze di coercizione in base alla gravità del reato oggetto dell'imputazione, vedi L.FILIPPI, *La libertà provvisoria secondo la «legge sull'ordine pubblico»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp.987-988; il comma 2 dell'art. 1 esclude invece la concessione della libertà provvisoria, facendo riferimento alla «situazione soggettiva dell'imputato» in rapporto ad altri procedimenti aperti a suo carico, in due casi previsti alla lett. a) «se l'imputato di delitto per il quale è obbligatorio il mandato di cattura si trova in stato di libertà provvisoria concessagli in altro procedimento per un reato che comporta l'emissione obbligatoria del mandato di cattura» e lett. b) «se l'imputato di uno dei delitti previsti dagli articoli 582, primo comma 583, 588, secondo comma e 610 del codice penale è sottoposto ad altro procedimento penale, per violazione di una o più delle suddette disposizioni di legge». Vedi L.FILIPPI, op. cit., p.989, l'autore ritiene fra l'altro che la previsione del comma 2, parta da una presunzione di colpevolezza dell'imputato tanto in relazione al primo reato per il quale sconta la carcerazione preventiva quanto in relazione al secondo che si ritiene abbia

apprezzabile , in quanto mirano a limitare una eccessiva discrezionalità del giudice nel caso concreto, ma i parametri richiamati, e cioè che «non vi ostino ragioni di natura processuale» ma anche che non sussista la «probabilità» che l'imputato lasciato libero possa commettere nuovamente reati in grado di pregiudicare le esigenze di tutela della collettività, non sono sembrati poi così stringenti <sup>226</sup>; anzi si è ritenuto che «l'unica piattaforma su cui il giudice potrà fondare il proprio giudizio di probabilità è rappresentata dagli indizi di colpevolezza gravanti sull'imputato, sia pure filtrati attraverso la valutazione della sua personalità e della gravità del reato», e per questo motivo si è sostenuto che la formula legislativa fosse «un po' troppo labile, in mancanza di altri elementi di riferimento, per accreditare una prognosi di recidiva che prescindendo dall'assimilazione dell'imputato al colpevole» <sup>227</sup>.

---

commesso a seguito della concessione della libertà provvisoria, da cui ancora una volta il contrasto con il principio costituzionale di non colpevolezza. Inoltre sulla lett.b) del comma 2 è intervenuta anche la Corte costituzionale, vedi nota 220, la quale ha respinto l'eccezione di incostituzionalità; sui primi due commi della norma vedi anche G. CANZIO, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, pp.372 ss.

<sup>226</sup> In questo senso, V.GREVI, *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1976, II, p.633, il quale ritiene che «la formula suscita svariate riserve circa la sua idoneità a fornire al giudice un criterio univoco per l'esercizio del potere discrezionale che gli è attribuito» in virtù del fatto che gli unici parametri previsti per il giudizio di probabilità sono incentrati sulla «gravità del reato» e sulla «personalità dell'imputato»; vedi anche V.GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.248 ss. dove l'autore, se da un lato ritiene apprezzabile la volontà legislativa di una maggiore precisione nel fornire i parametri di valutazione del giudice, rileva anche che «(...) la indeterminatezza del linguaggio normativo finisce per conferire all'autorità giudiziaria un larghissimo potere discrezionale, praticamente incontrollabile (...)»; allo stesso modo G. CANZIO, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, p.374

<sup>227</sup> V.GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.249 (e 254), il quale ritiene inoltre che se a ciò si aggiunge l'indeterminatezza della formula delle «esigenze di tutela della collettività», si perviene in sostanza a configurare non solo una valutazione ampiamente soggettiva da parte del giudice che procede, ma anche una disposizione nel suo complesso idonea a ricomprendere «anche esigenze più ampie di quelle riferibili all'ottica della prevenzione speciale»

Ad ogni modo, l'ordinanza con la quale il giudice rimetteva la questione alla Corte costituzionale <sup>228</sup> poneva l'accento su due questioni principali che potevano legittimare il dubbio sulla compatibilità costituzionale della disposizione. Da un primo punto di vista, risultava evidente dalla previsione che la probabilità di commissione di «nuovi» reati (l'avverbio «nuovamente» nella disposizione normativa) venisse assunta come ragione sufficiente a giustificare il sacrificio della libertà personale dell'imputato, sotto il profilo del diniego della concessione della libertà provvisoria, dando per scontata la colpevolezza in relazione al reato stesso, contrariamente a quanto la Consulta aveva ritenuto in alcune sue decisioni precedenti sulla base del principio di non colpevolezza dell'art. 27 comma 2 della Costituzione, puntualmente richiamate dal giudice *a quo* nell'ordinanza stessa; inoltre, in relazione alla stessa previsione costituzionale, per il giudice la disposizione attribuiva alla carcerazione dell'imputato «una funzione a lei non propria, ma propria della pena o, meglio, della misura di sicurezza» in quanto finalizzata a far fronte alla (prognosi di) pericolosità del soggetto per la difesa della collettività <sup>229</sup>, ma in assenza di una decisione definitiva che avesse accertato la responsabilità penale del fatto ascritto all'imputato medesimo: in altri termini l'imputato veniva ad essere trattato come già colpevole <sup>230</sup>.

L'altro profilo di dubbio in relazione questa volta all'art. 13, comma 2, della Costituzione, riguardava la stessa formula utilizzata «probabilità che l'imputato libero commetta ulteriori reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività»; non risultava chiaro

---

<sup>228</sup>Tribunale di Torino, 23 gennaio 1976, Vaudanno *Giudice istruttore*, Delmastro *imputata*, in *Giur. it.*, 1976, II, pp. 633 ss.

<sup>229</sup> V.GREVI, *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1976, II, p.634, l'autore ritiene che mantenere la custodia in carcere dell'imputato in virtù della sola prognosi di recidiva, condizionata dalla gravità dell'imputazione, si ponesse in contrasto con «gli orientamenti d'impronta processualistica accolti dalla giurisprudenza della medesima Corte»

<sup>230</sup> Sul meccanismo presuntivo introdotto in questo modo dalla l. del 1975 vedi V.GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.245

infatti di quali reati si dovesse temere la probabilità di commissione da parte dell'imputato al quale fosse stata riconosciuta la libertà provvisoria. La mancata precisione della norma poteva, infatti, legittimare diverse interpretazioni tutte «in astratto» plausibili, ma alcune delle quali avrebbero condotto a risultati se non altro fortemente opinabili <sup>231</sup>. Il legislatore non avrebbe fornito i parametri oggettivi necessari per l'individuazione dell'ambito dei reati la cui probabile commissione da parte dell'imputato avrebbe dovuto impedire al giudice di concedere allo stesso la libertà provvisoria; gli unici parametri che la norma forniva erano quelli della «gravità del reato» e della «personalità dell'imputato», che però sono i termini su cui deve basarsi il giudizio di probabilità di commissione dei nuovi reati, ma nulla dicono in relazione all'individuazione di quei reati che pongono in pericolo la collettività, al punto che si era anche sostenuto che dovesse essere il giudice, caso per caso, a compiere una duplice valutazione: l'una in relazione alla probabilità di commissione di nuovi reati da parte dell'imputato, l'altra relativa all'individuazione dei reati che potevano pregiudicare le esigenze di tutela della collettività <sup>232</sup>. Ne sarebbe derivata però, a seguire tale impostazione, una situazione di incertezza, in quanto avrebbero trovato ampio spazio apprezzamenti soggettivi dell'organo giudicante e difficilmente sindacabili, magari condizionati dalle particolari contingenze del momento storico-politico proprio per quanto riguarda i reati che possono pregiudicare le esigenze di tutela della

---

<sup>231</sup> V.GREVI *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1976, II., p.635, il quale sottolinea che, stante la formulazione normativa, «in astratto» avrebbe potuto farsi riferimento alla commissione di qualsiasi reato, in quanto qualsiasi reato è suscettibile di rappresentare un pericolo per la tutela della collettività. L'autore però mette anche in evidenza che l'ambiguità legislativa è dovuta anche al fatto che il legislatore del 1975 aveva mutuato la formula delle «esigenze di tutela della collettività» dalla legge di delega per il nuovo codice di procedura penale (art.2 n.54 della L. 3 aprile 1974 n. 108), nella quale però quella formula era prevista nei termini di un criterio direttivo che avrebbe dovuto trovare concretizzazione ad opera del legislatore delegato; sul punto vedi anche G.CONSO, op.cit., pp.477-478

<sup>232</sup> Vedi V.GREVI, op. cit., p.635, il quale richiama anche le possibili soluzioni interpretative che sono state date al problema: i reati cui fa riferimento il comma 3 sarebbero quelli previsti nel comma 1, per i quali sarebbe evidente la potenzialità a ledere gli interessi della collettività; oppure con il riferimento ai fatti previsti dagli artt.18 e 19 della stessa legge

collettività. Da tutto ciò ne conseguiva, come metteva in evidenza il giudice di merito, proprio il contrasto con l'art. 13, comma 2 della Costituzione, il quale dispone che sia il legislatore ad individuare, tassativamente e in maniera determinata, i «casi e i modi» che possono comportare la restrizione della libertà personale (in questo caso intesa come mancata concessione della libertà provvisoria), mentre nella disposizione censurata sembrerebbe che debba essere il giudice a dare contenuto a quei «casi» secondo il suo apprezzamento soggettivo, in quanto il legislatore, come detto, non aveva individuato solidi parametri oggettivi ai quali dovesse ancorarsi la valutazione. Inoltre a ciò sarebbe conseguito lo svuotamento del significato stesso della motivazione data dal giudice, in relazione alla decisione sulla concessione della libertà provvisoria, in quanto la stessa, non avendo indici oggettivi di riferimento, sarebbe stata difficilmente controllabile.

Alla luce di questi rilievi la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 3 della legge del 1975, limitatamente all'avverbio «nuovamente» per contrasto con l'art. 27, comma 2 Cost., in quanto, come si legge nella decisione, «tale locuzione potrebbe infatti presupporre la già accertata commissione da parte dell'imputato del reato per cui si procede, restandone vulnerata la presunzione di non colpevolezza», «mentre essa» continua la Corte, «sia pure impropriamente, voleva indicare il nesso fra natura e gravità della imputazione (fondata su sufficienti indizi di colpevolezza) per cui è disposta la custodia preventiva e la natura dei reati di cui si teme la probabile commissione da parte dell'imputato lasciato libero», in questo modo accogliendo parzialmente la censura prospettata in relazione all'art. 27 comma 2<sup>233</sup>; ha ritenuto invece non fondata la questione

---

<sup>233</sup> G.CONSO, op. cit., il quale ritiene che l'utilizzo dell'avverbio «nuovamente» sia da intendersi come «autentico infortunio freudiano di un legislatore non meno frettoloso nella forma che sbrigativo nelle scelte politiche»; vedi anche in relazione a questo passaggio argomentativo della Corte V.GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p. 253 secondo il quale il venir meno di questo nesso avrebbe tolto «(...) ogni residuo limite

relativa all'art.13, comma 2, in questo senso ritenendo che la disposizione, di cui si lamenta la mancanza di sicuri parametri oggettivi, debba essere intesa come «clausola generale, applicabile ai casi concreti tramite il riferimento a valori o a parametri dati», che in questo caso sono da individuare proprio nelle «esigenze di tutela della collettività», rispetto alle quali si precisa che « il concetto è indubbiamente assai generico, tale da potersi riferire, ad un livello massimo di astrazione teorica, a qualsiasi reato; ma ritrova una delimitazione e un senso concreto nel e dal contesto della l. 152 del 1975»: in altri termini la Corte ritiene che sia possibile configurare la determinatezza della fattispecie, la quale verrebbe ad avere contorni «ben definiti», in virtù di una interpretazione di carattere teleologico e sistematico affidata al giudice, il quale dovrà tenere presente che lo scopo della legge stessa è quello di «rafforzare la tutela della incolumità e sicurezza dei cittadini» <sup>234</sup>. E infatti sempre su questo punto la Corte precisa che i reati cui si fa riferimento sono quelli «commessi con l'uso di armi o altri mezzi di violenza contro le persone, riferibili ad organizzazioni criminali comuni o politiche, direzione lesiva verso le condizioni di base della sicurezza collettiva o dell'ordine democratico». E' evidente l'eco che la sentenza ha avuto anche nei criteri previsti dal legislatore delegante per l'approvazione del nuovo codice di procedura penale del 1988, come risulta proprio dalla lettura dell'attuale disposizione dell'art. 274, comma 1 lett. c) del c.p.p.

Ciò che desta il maggior interesse nella pronuncia è che la Corte, richiamando sul punto alcune pronunce precedenti <sup>235</sup> nelle quali aveva già sostenuto che le finalità della custodia preventiva, che non può

---

all'arbitrio del giudice nell'applicazione di una disposizione che già di per sé si presta ad impieghi arbitrari»

<sup>234</sup> Critico in relazione alle argomentazioni fornite dalla Corte su questo versante, G.CONSO, op.cit., p.478-479, il quale ritiene che «certe formule, a cominciare da quella imperniata sull'ordine pubblico, sono troppo elastiche per fornire un minimo di certezza»

<sup>235</sup> In particolare la sentenza del 1970 n. 64, nella quale era stato affermato che « (la custodia preventiva) può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo», e le sentenze 143 del 1973, 17 e 21 del 1974, 146 del 1975 e 88 del 1976

consistere in anticipazioni della pena, sono caratterizzate da esigenze di carattere cautelare rispetto a ragioni di giustizia penale che per la durata del processo penale sarebbero pregiudicate ove non si potesse provvedere in via cautelare anche prima della sentenza definitiva, ritiene non fondata l'ulteriore questione in relazione all'art. 27 comma 2 individuata dal giudice di merito. Riconosce, invece, che «la custodia preventiva a tutela non già di esigenze inerenti al processo, ma della collettività non appare in contrasto con la presunzione di non colpevolezza» e che «una restrizione della libertà dell'imputato fondata (anche) su sufficienti indizi di colpevolezza ben può essere mantenuta (non concedendo la libertà provvisoria) senza incontrare ostacoli costituzionali, quale misura cautelare necessaria per la salvaguardia di un interesse di indubbio rilievo costituzionale - la tutela della collettività dalla commissione di gravi reati - collegato con la condotta e la persona dell'imputato»<sup>236</sup>. La Corte afferma inoltre, questa volta in maniera inequivocabile, che «non vi è, cioè, sostanziale differenza fra esigenze strettamente inerenti al processo ed altre di rilevanza costituzionale fondate nei fatti per cui è processo, valendo entrambe a giustificare il sacrificio della libertà personale dell'imputato»<sup>237</sup>.

In questo modo, dopo una serie di decisioni della Consulta che avevano lasciato un certo spazio al riconoscimento dell'esigenza di prevenzione speciale ma solo attraverso tentativi interpretativi che

---

<sup>236</sup> Vedi G. CANZIO, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, p. 362, per il quale «risulta così apertamente proclamata, in forma autonoma e alternativa rispetto alle esigenze processuali, la finalità di prevenzione speciale (...)»

<sup>237</sup> Critica la posizione su questo passaggio di G. ILLUMINATI, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali*, in *Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale*, a cura di G. GIOSTRA-G. INSOLERA, Milano, 1998, p.121 secondo il quale invece « (...) si tratta di due concetti completamente diversi, se non opposti: una cosa sono le esigenze inerenti al processo, volte a garantirne lo svolgimento, altra quelle che siano solo occasionalmente collegate al processo, e dunque ad esso estranee»; V. GREVI, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.255, il quale rileva che « appare assai più problematico sostenere che simili esigenze di tutela della collettività possano trovare legittimo fondamento nei "fatti" per cui si sta procedendo (...) trattandosi di fatti e di elementi ancora da vagliare nella loro verità e consistenza, ai fini dell'accertamento circa la colpevolezza dell'imputato»



avevano cercato di coglierla nella volontà implicita espressa dalla giurisprudenza costituzionale, quella stessa esigenza di prevenzione speciale, nella pronuncia sulla legge a tutela dell'ordine pubblico, viene ad essere espressamente affermata e dichiarata come compatibile con i principi della Costituzione. Volendo richiamarsi a quanto già era stato sostenuto in precedenza «la finalità di prevenzione speciale non potrebbe essere più apertamente proclamata»<sup>238</sup>, in quanto ritenuta non solo compatibile con la presunzione di non colpevolezza, ma anche come idonea, al pari delle esigenze strettamente inerenti al processo, a legittimare il sacrificio della libertà personale dell'imputato per garantire le «esigenze di tutela della collettività». Questo orientamento troverà di lì a poco riconoscimento anche nelle scelte effettuate da legislatore nel nuovo codice di procedura penale, anche se questo non ha fatto venire meno le critiche a questo nuovo indirizzo introdotto dal legislatore e avallato dalla Corte<sup>239</sup>.

### **2.3 La direttiva dell'art.2 n. 59 della L.81/1987 e la “codificazione” dell'esigenza di prevenzione speciale: l'art.274, comma 1 lett.c)**

Dopo il sostanziale riconoscimento ad opera della Corte Costituzionale, nella pronuncia sopra richiamata, della compatibilità con le previsioni costituzionali di restrizioni della libertà personale che si giustificano in virtù di esigenze di difesa della collettività, bisognerà

---

<sup>238</sup> G.VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, negli *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, vol. V, p.1131, anche se l'autore aveva usato tale espressione in relazione alla sentenza del 1970 n.64, e p. 1155 «resta tuttavia il fatto dell'ingresso a vele spiegate nella nostra legislazione processuale della prevenzione speciale come criterio basilare, ed occorrendo esclusivo, della custodia preventiva nel corso del processo»

<sup>239</sup> M.CHIAVARIO, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni settanta*, in *Libertà personale*, a cura di L.ELIA-M.CHIAVARIO, Torino, 1977, pp. 237-238, l'autore sostiene che «la legge di ordine pubblico del 1975 è lì a dimostrare quale abuso si può fare della finalità di prevenzione speciale, allargandone a dismisura l'ambito di applicazione»; nonché G.CONSO, op. cit.; G.VASSALLI, op. cit., pp. 1156-1157, il quale mette in evidenza che potrebbe riconoscersi un utilizzo della custodia preventiva come una misura di sicurezza adottata senza un giudizio di merito, con i relativi dubbi di compatibilità rispetto ai principi costituzionali

attendere il nuovo codice di procedura penale perché quel riconoscimento trovasse spazio anche nelle disposizioni normative sul nuovo processo. Non va dimenticato però che il codice di procedura penale rappresenta l'esito di un iter normativo complesso, che richiama scelte effettuate nel tempo a partire dai primi progetti di riforma del codice del 1930 che, alla luce dei principi affermati nella Costituzione, non poteva non apparire ormai superato, o meglio necessitante di un ripensamento radicale in relazione alle scelte di fondo che avrebbero dovuto poi caratterizzare la disciplina del nuovo processo <sup>240</sup>. Questa nuova prospettiva si esprime chiaramente nell'art. 2 della delega per il nuovo codice (L. 16 febbraio del 1987 n. 81 "Delega legislativa al governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale"), il quale, quasi a costituire una sorta di preambolo, dispone che «il codice di procedura penale deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale», nonché configurare un processo di stampo accusatorio <sup>241</sup>. Una volontà espressa in termini non equivoci per il legislatore delegato chiamato a dare contenuto alle varie direttive della delega, ma che, come detto, rappresenta il punto di arrivo di un percorso, e una volontà di riforma, che viene da lontano, in quanto l'esigenza di abbandonare quel modello inquisitorio ereditato dall'epoca fascista, con tutti i limiti ad esso connessi, si fece strada già a seguito della caduta di quel regime <sup>242</sup>. In questo rinnovato contesto, tra le direttive predisposte dal

---

<sup>240</sup> Per una visione d'insieme del nuovo processo penale vedi, G.VASSALLI, *Il nuovo codice di procedura penale: «spigolature» ed «osservazioni»*, in *Legisl. Pen.*, 1988, pp.729 ss.; G.D.PISAPIA, *Un nuovo modello di processo*, in *Legisl. Pen.*, 1989, pp.77-80; M.GALLO, *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in *Legisl. Pen.*, 1989, pp.81 - 83

<sup>241</sup> In relazione all'art.2 della legge delega del 1987 vedi M.CHIAVARIO, *Commento all'art.2 L. 16 febbraio 1987 n. 81*, in *Legisl. Pen.*, 1987, pp.407 ss.

<sup>242</sup> Brevemente si può ricordare che i primi interventi normativi per la modifica del codice Rocco risalgono già al 1944 (r.d.l. 20 gennaio 1944 n. 45, d.lg.lt. 10 agosto del 1944 n. 194, e d.lg.lt. 14 settembre 1944 n. 288), segno evidente del fatto che storicamente vi è uno stretto legame tra l'assetto politico-istituzionale e il sistema processuale penale, nel quale vengono a trasporci i valori che sono condivisi in un ordinamento in un dato momento storico i quali guidano le scelte di fondo nei rapporti tra la libertà della persona e l'esigenza punitiva dello stato. Questi interventi

legislatore delegante assume un rilievo particolare quella individuata nel n. 59 dell'art. 2, dedicata proprio al nuovo assetto che doveva assumere il tema della libertà nel processo penale, e quindi il sistema delle misure cautelari, laddove si dispone, quanto ai presupposti delle stesse, che possano applicarsi «a carico della persona nei cui confronti ricorrono gravi indizi di colpevolezza, quando sussistono inderogabili esigenze attinenti alle indagini e per il tempo strettamente necessario ovvero quando sussistono esigenze di tutela della collettività o, se il reato risulta di particolare gravità, quando la persona si è data alla fuga o vi è concreto pericolo di fuga»<sup>243</sup>.

---

proseguirono con un decreto del ministro della giustizia che fissava il programma di una commissione di riforma per l'aggiornamento del codice che fosse improntato alle scelte effettuate già nel 1913 (codice Finocchiaro- Aprile) che venne pubblicato nel 1950; progetto che venne però accantonato per essere poi ripreso nel 1952 con una proposta di legge parlamentare che passò al vaglio di un comitato parlamentare il quale diede vita ad un testo unitario, il quale venne poi formalizzato nella L. del 18 giugno del 1955 n. 517, la cosiddetta «piccola riforma» in quanto pur modificando alcuni articoli del codice, rendeva auspicabile una riforma di più ampio respiro, più organica, stante anche l'atteggiamento giurisprudenziale che ne aveva ridimensionato la portata. A partire poi dal 1956 la Corte Costituzionale con le sue pronunce portò alla modifica di alcune disposizioni processuali, seppure solo settoriali. La strada per la riforma del processo penale proseguì con un decreto del ministro della giustizia del 14 gennaio del 1962 il quale istituiva una «commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale», presieduta da Francesco Carnelutti, al fine di adeguare le previsioni normative in materia alle previsioni della Costituzione e per addivenire ad una «riforma radicale del sistema» in senso accusatorio; il progetto Carnelutti non trovò però seguito legislativo. Stesso esito ebbe un ulteriore progetto del 1963, riguardante però l'ambizioso obiettivo di riforma di tutti i codici. Nell'aprile del 1965 il ministro della giustizia presentò un disegno di legge alla Camera dei deputati recante «delega legislativa al governo della repubblica per la riforma del codice di procedura penale», anch'esso rimasto senza seguito e ripreso nel 1968, con gli stessi risultati. Si giunse poi alla delega per «l'emanazione del nuovo codice di procedura penale» del 1974 (L. 3 aprile 1974 n. 108), dal quale si pervenne ad un progetto preliminare nel 1978, che venne ripreso per molti punti dal codice del 1988. Su questi profili vedi M.CHIAVARIO, *La riforma del processo penale, Appunti sul nuovo codice*, seconda edizione ampliata e aggiornata, Torino, 1990 pp.3 ss.

<sup>243</sup> Art. 2 n. 59 « previsione di misure diverse di coercizione personale, fino alla custodia in carcere; potere-dovere del pubblico ministero di richiedere, presentando al giudice gli elementi sui cui si fonda la sua richiesta, e del giudice di disporre, con provvedimento motivato, *le misure di coercizione personale a carico della persona nei cui confronti ricorrono gravi indizi di colpevolezza, quando sussistono inderogabili esigenze attinenti alle indagini e per il tempo strettamente necessario ovvero quando sussistono esigenze di tutela della collettività o, se il reato risulta di particolare gravità, quando la persona si è data alla fuga o vi è concreto pericolo di fuga*; divieto di misure di coercizione che limitano la libertà personale se il reato per il quale si procede è punito con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, senza tener conto nel computo della pena delle circostanze aggravanti, fatta

Se è vero infatti, e non sembra potersi revocare il dubbio, che «in tema di libertà personale, l'analisi processualpenalistica non è agevolmente separabile da quella costituzionalistica»<sup>244</sup> il legislatore del nuovo codice di procedura penale ha voluto porsi proprio in questa prospettiva, in quanto i principi e criteri direttivi ispirati al tema della libertà personale dell'imputato vengono a comporre un «mosaico organico ed equilibrato» che rende il «settore relativo alla libertà personale quello meglio compiuto e (...) di più solido impianto per le soluzioni che vi sono accolte»<sup>245</sup>. Infatti il legislatore, volendo dare concretezza ai principi costituzionali e alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, ha connotato la direttiva della legge di delega in commento nel senso del *favor libertatis*, per far sì che il legislatore delegato potesse articolare una disciplina, determinata quanto ai presupposti e alle fattispecie, nella quale effettivamente la libertà personale dell'imputato nello svolgimento del processo si configurasse,

---

eccezione per quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, esclusa la recidiva, e senza tener conto delle circostanze attenuanti, fatta eccezione per l'età e per la circostanza prevista dal numero 4) dell'articolo 62 del codice penale; divieto di disporre la custodia in carcere se, con l'applicazione di altre misure di coercizione personale, possono essere adeguatamente soddisfatte le esigenze cautelari; obbligo di disporre la revoca delle misure applicate se vengono a cessare le esigenze cautelari; previsione della sostituzione o della revoca della misura della custodia in carcere, qualora l'ulteriore protrarsi di questa risulti non proporzionata alla entità del fatto ed alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata; riesaminabilità anche nel merito del provvedimento che decide sulla misura di coercizione dinanzi al tribunale in camera di consiglio, con garanzia del contraddittorio e ricorribilità per cassazione; previsione dell'immediata esecutività del provvedimento che pone in libertà l'imputato; vedi sul punto V.GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, p. 486, per il quale nei lavori per il nuovo codice di procedura penale «non si è mancato (...) di dare consistenza al raccordo sistematico tra gli artt. 13, comma 2, e 27, comma 2, Cost., così affrontando e risolvendo, sul piano positivo, il segnalato problema del vuoto dei fini»; nonché M.CHIAVARIO, *Misure cautelari*, in *Quad. CSM*, 1988, 20, p.216, secondo il quale la legge delega, nell'art.2 n.59, ha confermato il principio per cui le esigenze cautelari non possono che essere «individuate, nei loro confini di legittimità, direttamente dal codice, su indicazione del delegante, così da fissare altrettanti limiti ad un esercizio incontrollato della discrezionalità giudiziaria circa "l'opportunità" della cautela»

<sup>244</sup> M.PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, p. 3 ss.

<sup>245</sup> V.GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1988, p.481

come vuole la Costituzione, come «regola» rispetto alla «eccezione» rappresentata dalle ipotesi del sacrificio della stessa <sup>246</sup>: in definitiva una sorta di ritorno all'impostazione illuministica (della scuola classica) della regola del «sacrificio minimo» e del criterio della «stretta necessità» per quanto attiene alla posizione dell'imputato. Per quanto riguarda quindi i presupposti per l'applicazione delle misure cautelari il legislatore ha previsto da una parte, per quanto riguarda il *fumus commissi delicti*, la necessità che debbano sussistere «gravi indizi di colpevolezza» (non più i «sufficienti indizi di colpevolezza») e dall'altra, in relazione ai *pericula libertatis*, ha confermato un'impostazione di polifunzionalità delle cautele processuali cercando allo stesso tempo di rendere più stringenti e precise le singole finalità («inderogabili esigenze attinenti alle indagini», o «concreto» pericolo di fuga) al fine di evitare una discrezionalità incontrollata dell'organo giudiziario chiamato a darvi applicazione nel caso concreto. Quasi paradossalmente l'unica fattispecie cautelare in relazione alla quale il legislatore delegante sembra non aver sentito la necessità di una maggiore determinatezza, o quanto meno maggiore univocità, è proprio quella relativa alle esigenze di tutela della collettività per la quale infatti non si prevedono ulteriori specificazioni <sup>247</sup>.

Come anticipato, la previsione dell'esigenza cautelare di prevenzione speciale non è stata una scelta effettuata per la prima volta nel codice del 1988: seppure con il nuovo codice ha trovato sistemazione definitiva nelle disposizioni regolanti il nuovo processo, giungendo, in altri termini, alla sua definitiva codificazione, la sua affermazione è stata piuttosto il frutto di un percorso progressivo che riconosce al suo interno più tappe che in vario modo hanno costituito un momento ulteriore per il suo riconoscimento. Ed infatti già nella legge delega per il nuovo codice di procedura penale del 1974 (L. 3 aprile 1974 n. 108) nell'art. 2 n.54 si prevedeva la possibilità di adottare

---

<sup>246</sup> Ancora V.GREVI, op. cit., p.481, al quale si rimanda anche per l'analisi delle direttive principali alle quali doveva ispirarsi il nuovo codice

<sup>247</sup> V.GREVI, op.cit., p.483

misure cautelari personali nei confronti dell'imputato non solo in presenza di «inderogabili esigenze istruttorie» e «limitatamente al tempo indispensabile per provvedervi», ma anche quando, ricorrendo «sufficienti elementi di colpevolezza», «sussistano esigenze di tutela della collettività» stante la pericolosità del soggetto e la gravità del reato oggetto dell'imputazione <sup>248</sup>. Queste direttive della legge di delega trovarono poi articolazione nel Progetto preliminare del 1978 (rimasto poi sulla carta) precisamente nell'art. 278, in relazione alle esigenze strumentali al processo e di cautela finale <sup>249</sup>, e nell'art. 279 relativamente all'esigenza di prevenzione speciale <sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Art. 2 n.54 L. 3 aprile 1974 n.108 «previsione di diverse misure di coercizione personale, fino alla custodia in carcere; possibilità di disporre le misure di coercizione personale nei casi gravi in cui sussistano *specificate, inderogabili esigenze istruttorie e limitatamente al tempo indispensabile per provvedervi*; possibilità di disporre le misure di coercizione personale a carico dell'imputato, nei cui confronti ricorrano *sufficienti elementi di colpevolezza, quando, per la sua pericolosità e per la gravità del reato, sussistano esigenze di tutela della collettività (...)*». La previsione della legge delega del 1974, a sua volta, si configura come il risultato di una serie di disegni di legge delega per il nuovo codice: a partire dal disegno di legge delega 2243 del 1965 laddove era prevista la possibilità di disporre misure coercitive personali unicamente in relazione «un delitto che determini *grave allarme sociale* o per la gravità di esso, o per la pericolosità dell'imputato, quando ricorrano sufficienti indizi di colpevolezza»(art. 2 n.27), seguito poi dal disegno di legge delega del 1968 n. 380, nel quale oltre al criterio dell'allarme sociale si richiamavano anche le esigenze istruttorie, seppure con la prevalenza del primo sul secondo (vedi *Relazione di maggioranza sul disegno di legge n.380*); infine il disegno di legge delega del 1972 n. 864, dove compare per la prima volta il parametro della «esigenza di tutela della collettività», accantonando invece quello dell'allarme sociale. La previsione di una tale esigenza cautelare non mancò di suscitare un ampio dibattito presso la Commissione incaricata di redigere il progetto del nuovo codice, vedi *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in G.CONSO-V.GREVI- G.NEPPi MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, p.697, tra coloro che la ritenevano solo come subordinata rispetto alle esigenze più strettamente processuali, o che comunque sostenevano che per far fronte a questa esigenza dovessero in ogni caso adottarsi misure diverse dalla custodia cautelare: soluzioni in ogni caso che non vennero accolte. Per un'analisi articolata della legge di delega del 1974 in relazione alle «esigenze di tutela della collettività», vedi V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, pp. 343 ss.

<sup>249</sup> Art. 278 « Salvo quanto stabilito dall'articolo seguente, nessuna delle misure previste in questo titolo può essere applicata se non vi è fuga o pericolo di fuga, ovvero pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova. Il pericolo di fuga e il pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova devono essere desunti da elementi specifici (...)»

<sup>250</sup> Art. 279 « Qualora esistano sufficienti elementi di colpevolezza, e vi sia pericolo, desunto dalle modalità del fatto e dalla personalità dell'imputato, che questi commetta gravi delitti della stessa indole di quello per cui si procede, le misure di coercizione possono essere applicate, nei limiti previsti dalle disposizioni che

Successivamente la legge recante “Disposizioni a tutela dell’ordine pubblico” (L.152 del 1975) mutuò dalla legge di delega del codice di procedura penale dell’anno precedente le «esigenze di tutela della collettività» come motivo ostativo, ove sussistenti, alla concessione del beneficio della libertà provvisoria <sup>251</sup>, criterio sul quale, come detto, fu chiamata a pronunciarsi anche la Corte costituzionale, nella menzionata pronuncia del 1980 n. 1, in relazione all’art. 1 nel terzo comma della legge «Reale», la quale ritenne non incompatibile con i principi costituzionali (art. 13.2 e 27.2 Cost.) una tale esigenza, giungendo anzi a legittimarla, seppure sulla base di argomentazioni volte a giustificare scelte di politica legislativa per il contrasto al fenomeno dell’emergenza che caratterizzava quegli anni <sup>252</sup>, specificando allo stesso tempo, in relazione alla denunciata indeterminatezza della fattispecie (art. 13.2), i reati in relazione ai quali doveva compiersi una prognosi di sostanziale recidiva nei confronti del soggetto ritenuto pericoloso <sup>253</sup>.

La scelta di lasciare spazio alla difesa della collettività come motivo idoneo a legittimare il sacrificio della libertà personale nello svolgimento del processo, venne ad essere riconfermata ancora con la L. del 12 agosto del 1982 n. 532 (“Disposizioni in materia di riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale e dei provvedimenti

---

seguono, anche in mancanza delle condizioni stabilite dall’articolo precedente (...)). Per l’operatività di tale esigenza era quindi necessario riscontrare nel caso concreto: la gravità del delitto per il quale si procede, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, nonché la necessità di prevenire delitti della stessa indole, vedi ancora *Relazione al progetto preliminare del 1978*, in G.CONSO-V.GREVI-G.NEPII MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, p.698

<sup>251</sup> Vedi § 2.2

<sup>252</sup> In senso critico sulla soluzione data dalla Corte, oltre agli autori già citati, vedi anche G.ILLUMINATI, *Finalità della custodia preventiva e criteri di valutazione alla luce dell’art. 254 c.p.p.*, in AA.VV. *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1983, p. 59, il quale ritiene la decisione «tutt’altro che convincente»; sull’iter interpretativo seguito dalla Corte nella pronuncia, oltre agli autori in precedenza citati, vedi anche O.DOMINIONI, *I motivi della coercizione cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1984, p.1562

<sup>253</sup> Vedi § 2.2, in merito ai reati la Corte aveva dichiarato che questi dovevano individuarsi in quelli « commessi con l’uso di armi o altri mezzi di violenza contro le persone, riferibilità ad organizzazioni criminali comuni o politiche, direzione lesiva verso le condizioni di base della sicurezza collettiva o dell’ordine democratico»

di sequestro – Misure alternative alla carcerazione preventiva”), la quale oltre ad istituire il nuovo «Tribunale delle libertà», è intervenuta a precisare anche le esigenze cautelari, modificando l’art.254, comma 2, del codice di procedura penale allora vigente, per quanto atteneva alle ipotesi di mandato di cattura facoltativo <sup>254</sup>. Nel tentativo di razionalizzazione del sistema e di limitazione dell’ampia discrezionalità del giudice, il legislatore sostituì le indicazioni contenute nella norma citata con una più precisa definizione delle esigenze cautelari, riconducendole al «pericolo di fuga dell’imputato» ovvero al «pericolo per l’acquisizione delle prove» nonché alle «esigenze di tutela della collettività» tenuto conto della pericolosità dell’imputato <sup>255</sup>. Anche se, come è stato osservato, il tentativo compiuto dal legislatore nel senso di circoscrivere e specificare le finalità non si è tradotto in un risultato che poteva dirsi soddisfacente proprio con riferimento alla esigenza di tutela della collettività, formula che continuava a rimanere eccessivamente vaga ed indeterminata, seppure venne a specificarsi che la pericolosità dell’imputato dovesse desumersi «dalla sua

---

<sup>254</sup> Vedi per un’analisi della nuova previsione della art.254 V.GREVI, *Commento agli artt. 4 e 5 L. 12 agosto 1982 n. 532*, in *Legisl. pen.*, 1983, pp. 77 ss., il quale sottolinea che per quanto attiene alle esigenze di tutela della collettività, il legislatore abbia voluto legittimare solo una funzione di prevenzione speciale della misura coercitiva, non funzioni rientranti nella logica dell’esemplarità o di risposta all’allarme sociale, né chiaramente funzioni di anticipazione della pena (p. 81-82)

<sup>255</sup> In relazione alla L. 532 del 1982 vedi anche O.DOMINIONI, *I motivi della coercizione cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1984, pp. 1553 ss., l’autore ritiene che la legge dimostri un «impegno di fedeltà ai precetti costituzionali, che chiudono la legittimità della custodia preventiva entro le coordinate tracciate dai principi di inviolabilità della libertà personale e di presunzione d’innocenza, ( e che ) si è voluto che la coercizione dell’imputato sia esercitata solo nelle situazioni, nei modi e nella misura in cui risulti concretamente necessaria», e sottolinea l’importanza del ritorno ad una «tipicità normativa» dovuta alla previsione legale specifica dei motivi di coercizione, contrariamente alla disciplina del codice del 1930 che prendeva in considerazione ai fini dell’esercizio del potere cautelare solo la sussistenza di « sufficienti indizi di colpevolezza », ma ignorava completamente qualsiasi profilo riconducibile al *periculum libertatis* (p. 1555) limitandosi a richiedere, per l’emissione del mandato di cattura, la valutazione «delle qualità morali della persona e delle circostanze del fatto» (art.254). Si rinvia all’opera citata anche per l’analisi articolata delle tre esigenze cautelari così come previste dalla L. 532 del 1982, pp. 1556 ss. Per l’evoluzione normativa riguardante la previsione delle esigenze cautelari vedi anche L.SARACENI, *Il sistema cautelare del nuovo processo penale: lineamenti generali e valori di fondo*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G.CANZIO – D.FERRANTI – A.PASCOLINI, Viterbo- Rieti, 1989, p.173



personalità e dalle circostanze del fatto»<sup>256</sup>. Si è infatti rilevato che anche il legislatore del 1982 ha fatto propria la stessa formula della legge di delega del 1974 (art.2 n.54), non considerando però che le «esigenze della tutela della collettività» se da un lato possono trovare spazio in una legge di delega che dovrà trovare una specificazione nella normativa predisposta dal legislatore delegato, dall'altro non sembra opportuno utilizzare lo stesso riferimento in una disposizione destinata ad avere una immediata applicazione da parte del giudice: da ciò ne deriva che anche alla luce della legge in commento l'individuazione dei reati lesivi di quelle esigenze (come nella legge del 1975) è rimessa alla valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria<sup>257</sup>. Ad ogni modo la legge del 1982 ha reso chiara la scelta effettuata dal legislatore nel senso di riconoscere non solo una pluridimensionalità funzionale alla misura coercitiva (anticipando le scelte effettuate poi nel nuovo codice), ma anche di affiancare alle esigenze cautelari di natura più strettamente processuale, quella di natura sostanziale. Si è detto infatti che «la legge del 1982 conferma, in maniera forse definitiva, l'orientamento del legislatore in favore di un

---

<sup>256</sup> V.GREVI, *Tribunale delle libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, a cura di V.GREVI, Bologna, 1983, p.8 ss., o ancora V.GREVI, *Commento agli artt. 4 e 5 L. 12 agosto 1982 n. 532*, in *Legisl. pen.*, 1983, p. 82, l'autore ritiene infatti che nonostante sia chiaro che la pericolosità sociale è espressiva di una finalità cautelare di prevenzione speciale, non si è pervenuti a «configurare un limite apprezzabile alla discrezionalità del giudice nell'esercizio del potere di cattura per fini di prevenzione speciale», ritenendo che per far fronte alla «vaghezza della formula legislativa» sia necessario chiarire prima di tutto quale sia il contenuto delle stesse esigenze di tutela della collettività, e quindi quali siano i reati che possano porre in pericolo quelle esigenze. Per l'autore si tratta però di una questione che «non è destinata a ricevere un risposta appagante, in quanto la legge non offre adeguati riscontri normativi a supporto di un'interpretazione univoca»; sul «nuovo» articolo 254, comma 2, vedi anche G.ILLUMINATI, *Finalità della custodia preventiva e criteri di valutazione alla luce dell'art. 254 c.p.p.*, in AA.VV. *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1983, pp. 51 ss. e p. 61, il quale sottolinea l'importanza dell'intervento legislativo sulle finalità delle misure coercitive in relazione al principio di tassatività dell'art.13, comma 2 della Costituzione, anche per limitare il potere discrezionale del giudice nel caso concreto, e in relazione all'art. 27, comma 2 della Costituzione; O.DOMINIONI, *I motivi della coercizione cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1984, p.1561

<sup>257</sup> Vedi su questo punto ancora V.GREVI, *Tribunale delle libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, a cura di V.GREVI, Bologna, 1983, p.9 ss., nonché G.ILLUMINATI, op. cit., p. 55

uso della custodia preventiva per scopi di difesa sociale»<sup>258</sup>, con gli inevitabili problemi derivanti da questa impostazione, sia sotto il profilo razionale sia, e soprattutto, costituzionale, i quali stentano a trovare una soluzione univoca e anzi alimentano molteplici dubbi<sup>259</sup>.

L'antecedente storico più prossimo al nuovo codice di procedura penale è da ricondurre alla L. 5 agosto del 1988 n. 330, definita non a caso come «legge anticipatrice», appunto, del nuovo codice<sup>260</sup>. In relazione alle misure cautelari tale legge precorre novità che troveranno poi concretizzazione definitiva nel nuovo codice<sup>261</sup>. In particolare si afferma già la necessità della «gravità» degli indizi di colpevolezza al fine dell'adozione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, nonché la «pluridimensionalità funzionale» delle

---

<sup>258</sup> G. ILLUMINATI, op. cit., p. 57, e p. 60 dove sottolinea che anche il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, in una raccomandazione agli stati membri si è orientato in questo senso, sul punto A. GIARDA, *Una importante Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in tema di carcerazione preventiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 696 ss.; sul riconoscimento della finalità di difesa sociale vedi anche O. DOMINIONI, *I motivi della coercizione cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 1560

<sup>259</sup> Le questioni principali si appuntano proprio in relazione alla compatibilità di tale esigenza extraprocessuale con l'art. 27, comma 2, in relazione ad una colpevolezza non ancora accertata. Sul punto si richiamano gli autori citati in precedenza, E. AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 864 ss., 880 ss.; G. DE LUCA, *Principi costituzionali di libertà e istruzione formale*, in *I problemi della istruzione formale penale*, Bologna, 1977, pp. 32 ss.; M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Indice pen.*, 1970, p. 190; G. PISAPIA, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 71 ss.; G. ILLUMINATI, op. cit., p. 58

<sup>260</sup> M. CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, parte terza, pp. 7 ss.; GIUS. AMATO, *Commento all'art. 13 L. 5 agosto 1988 n. 330*, in *Legisl. Pen.*, 1988, pp. 538 ss. al quale si rinvia per l'analisi delle singole esigenze; vedi anche la formulazione dell'art. 253, comma 2 c.p.p. come riformato dalla l. 330, G. AMATO, *Sub art. 274, in Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO – O. DOMINIONI, Milano, 1990, p. 24 nota 2

<sup>261</sup> G. CONTI – A. MACCHIA, *Il nuovo processo penale, lineamenti della riforma*, Roma, 1990, p. 95. Le ulteriori novità normative hanno riguardato: l'eliminazione della cattura obbligatoria per determinate categorie di reati; la soppressione dell'istituto della libertà provvisoria (sostituito dalla rimessione in libertà), la attribuzione di competenza funzionale del giudice per l'adozione delle misure cautelari, l'introduzione dei principi di adeguatezza e di proporzionalità, la formulazione di parametri più rigorosi per l'adozione delle misure cautelari, la previsione di misure di coercizione diverse dalla custodia cautelare, per le quali si rimanda a G. ASCIONE, *La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale (legge 5 agosto 1988 n. 330)*, a cura di G. ASCIONE - D. DE BIASE, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1989, pp. 43 ss.

cautele in relazione alle quali si impone anche una valutazione più rigorosa e articolata delle stesse esigenze cautelari (anche se diverse saranno gli elementi di specificazione delle singole esigenze) <sup>262</sup>. In ogni caso, è a partire da tale normativa che le esigenze cautelari divengono condizioni di legittimità di misure coercitive personali <sup>263</sup>. Per quanto attiene più nello specifico all'esigenza di prevenzione speciale, con la nuova disciplina questa diviene «condizione legittimatrice autonoma» della misura coercitiva, e non più meramente accessoria alle altre esigenze processuali <sup>264</sup>. Si è in definitiva sostenuto che l'introduzione di questi nuovi elementi abbia dimostrato la volontà di intendere che « (...) il ricorso al provvedimento restrittivo della libertà personale deve essere, se non eccezionale, quanto meno circoscritto ai casi di particolare gravità riferibili sia all'obiettiva rilevanza del reato sia alla capacità criminosa dell'imputato (...)» <sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> Sul punto vedi M.CHIAVARIO, op. cit., p. 6; si riscontrano differenze anche in merito alla previsione dell'esigenza di prevenzione speciale, in quanto nella legge n.330 si riprende alla lettera la formulazione della legge delega del 1974, e l'autore ne sottolinea i problemi in termini di determinatezza che ne derivavano

<sup>263</sup> L.SARACENI, *Il sistema cautelare del nuovo processo penale: lineamenti generali e valori di fondo*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G.CANZIO – D.FERRANTI – A.PASCOLINI, Viterbo- Rieti, 1989, p.174, al quale si rimanda anche per un'attenta analisi delle singole esigenze cautelari come emergenti dalla l. 330 (pp.174-178), nonché A.NAPPI, *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G.CANZIO – D.FERRANTI – A.PASCOLINI, Viterbo- Rieti, 1989, pp. 195 ss.

<sup>264</sup> Precedentemente l'indirizzo della Corte di Cassazione si era consolidato nel ritenere che tale esigenza dovesse essere sempre congiunta o al pericolo di fuga ovvero al pericolo per l'acquisizione probatoria, sulla base di argomenti sia logici che sistematici. Per un'analisi su questo aspetto vedi G.ASCIONE, *La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale (legge 5 agosto 1988 n.330)*, a cura di G.ASCIONE -D. DE BIASE, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1989,p. 51; per una configurazione «autonoma» di tale esigenza si era già espresso G.ILLUMINATI, *La "pericolosità dell'imputato" nella motivazione dei provvedimenti sulla libertà personale*, in *Cass. Pen.*, 1985, pp. 2271 ss. il quale ribadisce comunque la sua posizione sulla compatibilità dell'esigenza in discorso con i principi costituzionali, ritenendo esistente «una vera e propria inconciliabilità concettuale tra la nozione stessa di cautela processuale e le funzioni sostanziali di difesa sociale»; posizione contraria aveva espresso invece V.GREVI, *Osservazioni sulle finalità della custodia preventiva*, in *Cass. Pen.*, 1978, p. 465

<sup>265</sup> G.ASCIONE, *La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale (legge 5 agosto 1988 n.330)*, a cura di G.ASCIONE -D. DE BIASE, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1989, p.48

L'ultima fase di questo percorso normativo è costituita, come detto, dalla legge di delega per il nuovo codice di procedura penale del 1987, che troverà concretizzazione nel Progetto preliminare del 1988, nel quale non solo viene ad essere dedicato un apposito libro alle «misure cautelari», il IV, che viene a comporre un vero e proprio «sottosistema normativo» (mentre nel codice del 1930 erano disciplinate nel libro dedicato all'istruzione) ma sono anche previste, in un autonoma disposizione, le «esigenze cautelari», nell'art.274 (non prese in considerazione dal codice precedente) <sup>266</sup>. La disposizione, «affrontando e risolvendo con chiarezza sistematica il problema del vuoto dei fini» <sup>267</sup> e formalizzando la tradizionale tripartizione delle esigenze cautelari anticipata dalla legge 330, prevedeva non solo l'esigenza istruttoria e quella di prevenzione del pericolo di fuga dell'imputato <sup>268</sup>, ma anche, nella stessa disposizione, diversamente dalle previsioni del progetto preliminare del 1978, le «esigenze di tutela della collettività» come finalità autonoma della misura cautelare <sup>269</sup>. Nella previsione specifica dell'art.274 comma 1 lett. c), la sentenza della Corte Costituzionale del 1980 n. 1 ha rappresentato un punto di riferimento obbligato per la formulazione nel nuovo codice di procedura

---

<sup>266</sup> Per l'analisi delle previsioni legislative in relazione alle esigenze cautelari, vedi, G.AMATO, *Sub art. 274, in Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, pp. 24 ss.; P.DUBOLINO – F.BARTOLINI – T.BAGLIONE, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Piacenza, 1990, pp. 518 - 522

<sup>267</sup> V.GREVI – G.NEPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1988, in Il nuovo processo penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, vol. IV, p.30

<sup>268</sup> Per un commento alla direttiva n.59 in relazione a queste due esigenze si rimanda a V.GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari, Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, parte prima, 1988, p.486; M.CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, parte terza, p.6

<sup>269</sup> Si può ricordare che, contemporaneamente alla legge di delega del 1987, fu presentata una proposta di legge, il 5 agosto 1987, da parte dei deputati Finocchiaro Fidelbo, Pedrazzi Cipolla e altri, volta ad escludere ogni riferimento nel nuovo codice alla esigenza cautelare in questione, in quanto si sostenne che «la limitazione della libertà personale deve essere esclusivamente finalizzata a salvaguardare il processo di accertamento della verità e della responsabilità dei pericoli derivanti dalla fuga dell'imputato o dall'inquinamento delle prove» (*Atti Camera, X Legisl., Disegni di legge e Relazioni – Documenti*)

penale <sup>270</sup>, in quanto il legislatore delegato da un lato ha voluto trasporre sul piano normativo le conclusioni cui era pervenuta quella pronuncia, e dall'altro ha voluto prevedere uno spazio ulteriore di ricorso a tale finalità disponendo la possibilità di applicare le misure cautelari, quando, tenuto conto della pericolosità sociale dell'imputato, da desumersi sulla base delle «specifiche modalità e circostanze del fatto» e della «personalità dell'imputato», fosse prevedibile la commissione di «gravi delitti della stessa indole di quelli per cui si procede o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale, ovvero gravi delitti di criminalità organizzata» <sup>271</sup>. Nella trasposizione da parte del legislatore delegato dell'esigenza di tutela della collettività vennero emergendo tutte le difficoltà derivanti dall'utilizzazione da parte del legislatore delegante di una formula troppo generica per poter essere recepita in un testo normativo non censurabile poi sotto il profilo della determinatezza della fattispecie, in relazione all'art. 13, comma 2 della Costituzione: come è stato detto «appare evidente il disagio della traduzione in termini normativi non arbitrari di una formula assai più politica che giuridica, come quella imperniata sullo scopo della tutela della collettività» <sup>272</sup>. Una questione particolare si era posta in relazione alla previsione dei «gravi delitti della stessa indole di quelli per cui si procede»; questa formula era stata utilizzata nel progetto preliminare del 1978 quando si era sentita la necessità di limitare l'ambito operativo dell'esigenza di prevenzione speciale, e come visto venne mantenuta nella disposizione del progetto preliminare del 1988, venendo però ad assumere, in quanto affiancato da ulteriori previsioni relative a questa esigenza, una portata al contrario estensiva <sup>273</sup>. Per questo motivo la

---

<sup>270</sup> M.CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, parte terza, p.7

<sup>271</sup> Art.274, comma 1, lett. c) del Progetto preliminare del 1988

<sup>272</sup> V.GREVI, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, parte prima, 1988, p. 487

<sup>273</sup> M.CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, parte terza, p. 7

Commissione bicamerale sollevò qualche dubbio di conformità della formula rispetto alle previsioni dell'art.2 n.59 della legge delega, sollecitando anzi una riformulazione dell'art. 274, comma 1, lett. c) su questo punto <sup>274</sup>.

Queste osservazioni vennero tenute in considerazione nel Progetto definitivo del codice laddove si procedette ad una riformulazione della previsione disponendo in sostituzione dei delitti della stessa «indole», quella di «delitti della stessa specie», in quanto sembrava questa una soluzione più equilibrata, idonea ad evitare anche ambiguità interpretative <sup>275</sup>. Nella formulazione definitiva dell'esigenza di prevenzione speciale si pervenne ad riformulazione anche dei reati per i quali il pericolo della commissione avrebbe integrato la fattispecie cautelare in oggetto, con una formula che in definitiva dispone: «quando per specifiche modalità e circostanza del fatto e per la personalità dell'imputato, vi è il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede» <sup>276</sup>.

La definitiva codificazione dell'esigenza di prevenzione speciale nel codice di procedura penale configura, ormai, una finalità autonoma e indipendente rispetto alle altre pure previste nella stessa disposizione, e quindi da sola sufficiente, concorrendo anche i gravi indizi di colpevolezza, a legittimare misure restrittive della libertà

---

<sup>274</sup> Parere della commissione parlamentare, in G.CONSO-V.GREVI-G.NEPII MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989, vol. IV, p. 696 «La commissione ha rilevato la non rispondenza dell'inciso «gravi delitti della stessa indole di quelli per cui si procede» alla direttiva n. 59 della delega che parla di «esigenze di tutela della collettività»»

<sup>275</sup> M.CHIAVARIO, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, parte terza, p. 8

<sup>276</sup> Sulla formulazione definitiva dell'art. 274, comma 1 lett. c) nonché sulle novità introdotte nel progetto definitivo, vedi G.AMATO, *Sub art. 274, in Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, pp. 32 ss.

personale nel corso del processo <sup>277</sup>. Come si vede, inoltre, la formulazione definitiva della norma ha modificato l'originaria previsione del Progetto preliminare per quanto riguarda i reati in relazione ai quali il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione di carattere prognostico, rimanendo pur sempre nell'ambito di delitti che più direttamente possono minare la «sicurezza della collettività» come già la Corte Costituzionale aveva sostenuto, al di là di varianti di natura terminologica. Si può invece sottolineare che nonostante la volontà legislativa di articolare la disposizione in modo tale da garantire un maggiore determinatezza della fattispecie, attraverso una maggiore specificazione degli elementi della stessa, a seguito della formulazione data dal codice rimaneva un ampio spazio rimesso alla valutazione discrezionale del giudice, chiamato non solo ad individuare la possibile sussistenza dei delitti previsti dalla norma, ma anche a valutare se, per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la pericolosità dell'imputato, ci sia in «concreto» il pericolo di reiterazione del reato; a questa valutazione inoltre deve aggiungersi quella volta a cogliere la «gravità» dei delitti oggetto della previsione normativa( da valutarsi in base ai limiti edittali di pena, artt. 280 e 287 c.p.p.) <sup>278</sup>. Infine ad alcuni non è sembrato che il riferimento nel testo definitivo dei delitti della stessa «specie» anziché della stessa «indole» sia idonea a conferire una maggiore determinatezza alla previsione normativa, in quanto i parametri sulla base dei quali andrà effettuata la valutazione sono sostanzialmente i medesimi ( art.101 c.p.) <sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> In questo modo vengono meno quelle ricostruzioni tese a concepire l'esigenza di prevenzione speciale come subordinata e accessoria rispetto alle altre esigenze, basate più che altro su un dato normativo, quello della legge di delega del 1974, che stante la sua formulazione poco precisa, poteva legittimare questa soluzione; la tesi era stata sostenuta fra gli altri da G.VASSALLI, *Premessa al Commento articolo per articolo della L. 12 agosto 1982 n.532*, in *Legisl. Pen.*, 1983, p.63 ss.

<sup>278</sup> G.AMATO, *Sub art. 274, in Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, p.35; vedi anche P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.136

<sup>279</sup> In base all'art. 101 c.p. per reati della stessa «indole» si intendono non solo quelli che «violano la stessa disposizione di legge», ma anche quelli che anche se

## **2.4 La legge 8 agosto del 1995 n. 332: cause ed effetti della modifiche apportate in relazione all'esigenza di prevenzione speciale. Le innovazioni e le perduranti incertezze interpretative**

A seguito dell'introduzione del nuovo codice di procedura penale, entrato in vigore il 24 ottobre del 1989, non tardarono ad arrivare nuovi interventi normativi, che estendevano il loro raggio d'azione anche al processo penale, già a partire dall'anno successivo, per lo più dovuti e giustificati dalle particolari contingenze storiche di quel periodo, che potevano in generale inquadrarsi in un nuovo «contesto di emergenza» soprattutto legato al fenomeno della criminalità organizzata <sup>280</sup>. Oltre questi provvedimenti, in virtù delle difficoltà non solo ermeneutiche ma anche e soprattutto quelle che si andavano riscontrando sul piano applicativo, sul quale si erano registrate prassi distorsive nell'ambito dell'attività giudiziaria, il legislatore è intervenuto nuovamente sul sistema delineato dal libro IV del c.p.p., in materia di misure cautelari, con la L. 8 agosto del 1995 n. 332 ("Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa"): intervento che ha inciso anche sulla previsione dell'art. 274 del codice relativo alle esigenze cautelari <sup>281</sup>. Diversamente

---

previsti da diverse disposizioni «per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni», G.AMATO, op. cit., p. 37, per il quale ai reati della stessa «specie» non sembra potersi dare un significato diverso da quelli della stessa «indole»

<sup>280</sup> Il riferimento va alla L. 12 luglio 1991 n.203 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa", alla L. 30 dicembre del 1991 n. 410 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 ottobre 1991, n. 345, recante disposizioni urgenti per il coordinamento delle attività informative e investigative nella lotta contro la criminalità organizzata", nonché la L. 7 agosto del 1992 n.356 recante "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa"

<sup>281</sup> La riforma ha interessato, oltre che una serie di profili attinenti alle misure cautelari, anche altri aspetti non secondari del processo penale quali: l'informazione di garanzia, il registro delle notizie di reato, le indagini difensive e più in generale la valorizzazione della difesa (colloqui, interrogatori), il reato di false informazioni al pubblico ministero (che può realizzarsi nel corso delle indagini, ma che è previsto nel



dagli interventi normativi sopra richiamati, che si erano caratterizzati in certo senso per «l'intento di cancellare o di correggere veri o supposti eccessi garantistici dell'ultima codificazione», questa legge si pone, al contrario, nella direzione opposta, di matrice «garantistica» <sup>282</sup>. Una legge che ha avuto un iter di approvazione particolarmente lungo e travagliato che fu preceduto da altre proposte avanzate in sede parlamentare caratterizzate da una certa coincidenza di obiettivi e dei settori del processo penale sul quale sarebbero intervenute, e che si è accompagnato ad un'accesa dialettica, non solo all'interno dell'organo legislativo ma anche, nelle prese di posizioni esterne, adesive e critiche nei confronti del nuovo progetto di intervento legislativo (in particolare le categorie professionali dell'avvocatura e della magistratura, attestate su posizioni diverse, se non opposte) <sup>283</sup>.

Da un punto di vista generale, i motivi che portarono all'approvazione della nuova legge sono stati individuati, fra gli altri, da una parte nella «scarsa assimilazione da parte degli operatori della cultura accusatoria» voluta dal nuovo codice, dall'altra essi si fondavano sulla necessità di «ristabilire un certo equilibrio fra le parti nel processo penale», tra l'accusa e la difesa, che aveva visto prevalere la prima sulla seconda, esaltando la figura del pubblico ministero, proprio per le esigenze derivanti dal periodo di emergenza verificatosi precedentemente, e mettendo quasi in ombra la figura del giudice soprattutto nella fase delicata delle indagini preliminari <sup>284</sup>.

---

codice penale), per i quali si rimanda alla specifica trattazione al commento degli articoli della l. del 1995, in *Legisl. Pen.*, 1995, pp. 565 ss.

<sup>282</sup> M.CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori, Premessa alla L. 8 agosto del 1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p.566

<sup>283</sup> Vedi ancora M.CHIAVARIO, op. cit., pp.565-566, in particolare nella nota 8 in relazione ai precedenti progetti di riforma; nonché L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1159 ss. al quale si rimanda per un'articolata esposizione dell'iter parlamentare che ha portato all'approvazione della l. del 1995

<sup>284</sup> In questo senso, R.E.KOSTORIS, *La riforma della custodia cautelare e i nuovi diritti della difesa*, in *Studium Iuris*, 1995, p.164; sui motivi della riforma vedi anche L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1157 nonché in relazione alle ragioni della "crisi" della giustizia penale e del processo penale G.SPANGHER, *Riprendere la "lunga marcia" verso il rito accusatorio*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1995, II, pp. 923 ss., il quale li individua proprio nella

L'obiettivo di eliminare le distorsioni che la prassi emergenziale aveva portato nel processo penale venne perseguito cercando di riequilibrare le prerogative della difesa rispetto ai poteri dell'accusa, e allo stesso tempo di tutelare maggiormente la posizione dell'indagato.

Per quanto attiene in maniera più specifica al sistema delle misure cautelari, le ragioni di fondo della novella del 1995 sono riconducibili alla volontà di porre un argine, o perlomeno un limite, all'imponente ricorso allo strumento della custodia cautelare in carcere al quale né la formulazione originaria dell'art. 274, che pure si riteneva (se non altro secondo il legislatore) fattispecie sufficientemente determinata e «stringente» tale da evitare utilizzazioni abusive e sproporzionate dell'intervento coercitivo nella fase cautelare, né i controlli in sede di legittimità sembravano essere in grado di porre rimedio o una qualche resistenza tecnica<sup>285</sup>. Sennonché, può anticiparsi, che sia ampiamente condivisa l'opinione secondo la quale già la norma voluta dal legislatore delegante del 1987 e licenziata dal legislatore delegato nel 1988 se correttamente e attentamente interpretata poteva in realtà costituire un valido ostacolo ai denunciati abusi, ipotesi che risulta inoltre confermata dal fatto che, e anche su questo punto vi è un'ampia condivisione di vedute, l'intervento riformatore è rimasto ben lontano dai suoi propositi, soprattutto per la metodologia utilizzata come correttivo, da ricondursi quasi esclusivamente all'infittirsi degli elementi che compongono la fattispecie cautelare, nella maggior parte dei casi da ritenersi già implicitamente considerati dalla originaria formulazione della norma, e quindi superflui e ridondanti, se non addirittura controproducenti stante le ulteriori difficoltà interpretative che ne sono derivate, sia in relazione agli elementi introdotti nella fattispecie stessa, sia per la difficoltà di coordinamento con le disposizioni originariamente previste e non toccate dalla riforma.

---

«stagione delle emergenze» che l'ordinamento aveva conosciuto in quegli anni, dal fenomeno del terrorismo a quello della criminalità organizzata

<sup>285</sup> A. CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, pp. 4-5

Erano quindi due le linee direttrici sulle quali si muoveva la riforma: porre delle limitazioni e dei contrappesi al potere cautelare e incrementare i diritti difensivi, come già messo in evidenza dalla rubrica voluta per la nuova legge <sup>286</sup>.

Ad ogni modo il chiaro intento del legislatore, a prescindere dalla validità e utilità degli esiti, era quello di correggere, sul piano delle esigenze cautelari, una interpretazione «eccessivamente generosa» ad opera della giurisprudenza del pericolo di inquinamento probatorio e della pericolosità soggettiva dell'indagato <sup>287</sup>, ponendo ulteriori vincoli alla discrezionalità del giudice chiamato a decidere nel caso concreto, la quale però continua ad essere, inevitabilmente, un momento ineliminabile nell'applicazione della misura cautelare perché questa si fonda su «giudizi di valore» affidati a quell'organo, al quale si richiede di valutare la sussistenza dei presupposti: valutazione che si caratterizza per essere necessariamente proiettata al futuro, e quindi incapace di restituire un risultato prognostico connotato dall'assoluta certezza, ed anzi connotata ontologicamente dal residuo del dubbio che quel pericolo (di inquinamento probatorio, di fuga, o di commissione di ulteriori reati) venga effettivamente a concretizzarsi.

Nell'ambito della riforma più generale che ha interessato vari profili del sistema delle misure cautelari <sup>288</sup>, si inseriscono a questo fine le

---

<sup>286</sup> M.CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori, Premessa alla L. 8 agosto del 1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, p. 572

<sup>287</sup> A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, p.5

<sup>288</sup> La riforma ha infatti interessato anche la disciplina dettata dall'art.275 in materia di criteri di adeguatezza e proporzionalità nella scelta delle misure da applicare; sono state introdotte nuove garanzie per quanto riguarda il procedimento di applicazione delle misure (artt.291 e 292); sono stati incrementati i poteri della difesa in questa fase (art.293) intervenendo anche sulla disciplina dei colloqui con il difensore e su quella dell'interrogatorio di garanzia; sulla disciplina della revoca e della sostituzione delle misure cautelari (art.299); sui termini di durata delle misure e sui cosiddetti «provvedimenti cautelari a catena» (art.297); infine sulla disciplina della sospensione dei termini di durata della custodia cautelare (art.304) e sulla disciplina delle impugnazioni (artt. 309 e 310). Per questi aspetti si rimanda a R.E.KOSTORIS, *La riforma della custodia cautelare e i nuovi diritti di difesa*, in *Studium Iuris*, 1995, pp.164 ss.; A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995; C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa, Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995; AA.VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1996; AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale, Nuovi diritti di*

modifiche apportate dalla legge sulla previsione dell'art.274 in merito alle esigenze cautelari, previste dall'art. 3 della legge del 1995, nello specifico quelle riguardanti la lett. a) in relazione al pericolo dell'inquinamento probatorio (art. 3.1), e la lett. c) relativa al pericolo di commissione di ulteriori reati (art.3.2) <sup>289</sup>. In merito alla prima delle due esigenze oggetto di riforma, in relazione alle menzionate distorsioni sul piano applicativo della giurisprudenza, il legislatore ha inteso procedere nel senso di una maggiore specificazione degli elementi della lett. a) <sup>290</sup>, richiedendo che le esigenze attinenti alle indagini oltre ad essere inderogabili dovessero essere anche «specifiche» <sup>291</sup>, e che il pericolo dell'inquinamento delle prove oltre che concreto deve essere «attuale» <sup>292</sup>; quest'ultima precisazione è volta a legittimare un giudizio prognostico non in termini di certezza di realizzazione del pericolo per l'acquisizione o la genuinità delle prove, ma solo la ragionevole probabilità di quell'esito nel caso in cui la persona imputata rimane in stato di libertà. La specificità delle esigenze attinenti alle indagini implica la necessità di indicare espressamente nel provvedimento le ragioni che impongono di adottare la misura, individuandone l'oggetto della tutela per evitare che la coercizione cautelare per tale esigenza si

---

*difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995; nonché *La L.8/8/1995, Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e diritto di difesa*, in *Legisl. Pen.*, 1995, pp.565 ss.

<sup>289</sup> Vedi E.MARZADURI, *Commento all'art.3 della L. 8/8/1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, pp. 602 ss.; ID. *art. 274*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M.CHIAVARIO, III agg., Torino 1997; anche L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, pp.1170-1173

<sup>290</sup> Art. 274, comma 1, lett. a) «quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti»

<sup>291</sup> C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa, Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995, p.42, dove sottolinea che tale specificazione risulta «pleonastica, poiché sembra difficile ipotizzare un'esigenza inderogabile che sia vaga o meramente generica»

<sup>292</sup> G.ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, p.77, dove sottolinea che «si potrebbe osservare che quando il pericolo è concreto, esso non può che essere attuale»

trasformasse da «strumento per la tutela della prova a mezzo per ottenere la prova»<sup>293</sup>; il che trova conferma nel fatto che l'esigenza probatoria deve legarsi alle «indagini relative ai fatti per i quali si procede», e non quindi per acquisire prove in relazione a fatti diversi, ma anche questa specificazione appare agli interpreti come superflua in quanto ricavabile anche dalla precedente formulazione<sup>294</sup>; la mancata previsione espressa nel provvedimento applicativo è inoltre sanzionata dalla nuova legge con una «nullità rilevabile anche d'ufficio», di dubbia collocazione dogmatica e già prevista in realtà dall'art.292, comma 2, del c.p.p. in relazione agli elementi che deve contenere l'ordinanza del giudice con la quale è applicata la misura. E' stato previsto che la misura cautelare che si legittimi per esigenze istruttorie possa avere la durata di trenta giorni, prorogabili al massimo fino a novanta previo interrogatorio dell'imputato ( art. 301). Infine di sicura rilevanza è stato l'inserimento nella medesima disposizione, secondo alcuni di carattere solo «pedagogico»<sup>295</sup>, del divieto di desumere la situazione di pericolo, concreto e attuale, dal rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni o dalla mancata ammissione degli addebiti<sup>296</sup>, in risposta ad alcune decisioni della giurisprudenza che avevano fatto derivare dall'esercizio del diritto al silenzio dell'imputato un giudizio di attualità e concretezza del pericolo per l'acquisizione delle prove, quasi che questi avesse «se

---

<sup>293</sup>G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p.67

<sup>294</sup>C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa, Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995, p.43

<sup>295</sup>L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1172, il quale sottolinea che il legislatore non ha invece considerato importante intervenire sugli incentivi premiali nel caso di rinuncia da parte dell'imputato al suo diritto al silenzio, ed infatti la condotta collaborativa continua ad essere priva di rilevanza in relazione all'attenuazione delle esigenze cautelari e della conseguente possibilità di sostituzione o revoca della misura applicata

<sup>296</sup>Vedi G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, per il quale tale divieto era già implicito nel sistema se correttamente interpretato, come dimostra la Relazione al progetto preliminare del codice p. 72, secondo la quale «(...) si è inteso escludere nel modo più assoluto un'utilizzazione delle cautele per scopi, più o meno direttamente, estorsivi di confessioni»

non un dovere, un onere di collaborazione»<sup>297</sup>. Quest'ultima specificazione, perché inserita nella sola lett.a) dell'art.274 ha suscitato alcuni dubbi presso gli interpreti circa la sua riferibilità anche alle altre esigenze cautelari, in quanto si sarebbe potuto desumere che l'esercizio della facoltà di non rispondere potesse consentire una prognosi sfavorevole in relazione al pericolo di fuga o alla commissione di ulteriori reati, ma la soluzione estensiva sembra dover prevalere per ragioni di coerenza<sup>298</sup>. Più in generale, come anticipato, si è sostenuto che in realtà a queste innovazioni si sarebbe potuti pervenire già attraverso un'interpretazione attenta della disposizione originaria del codice<sup>299</sup>.

La riformulazione della lett.c) dell'art.274, come anticipato, si inserisce in una logica di reazione, di «tentativo di tipizzazione della discrezionalità vincolata»<sup>300</sup>, nei confronti di un certo atteggiamento giurisprudenziale volto a dilatare i contorni, e di conseguenza l'ambito applicativo, della fattispecie. Si erano registrate infatti una serie di decisioni in certo senso distanti dal rigore interpretativo in merito a tale esigenza voluto dal legislatore del 1988, alcune volte giungendo addirittura a sovrapporre, e confondere, il pericolo di commissione dei

---

<sup>297</sup> Vedi Cass. 18 agosto 1991, *Schiavone*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1507; nonché Cass. 25 gennaio 1993, *Damiani*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2491; sul punto G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p.67

<sup>298</sup> G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 69 nota 8, in relazione alla proposta di legge approvata dalla Commissione Giustizia della camera il 14 ottobre 1993 che prevedeva a questo fine l'aggiunta di un secondo comma alla disposizione in commento

<sup>299</sup> In questo senso G.ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, p. 77, nonché G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995 al quale si rimanda per una analisi più precisa (pp. 65-75); vedi anche A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, pp. 13-24, nonché C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, *Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995 . pp. 42-48

<sup>300</sup> A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995. p.25

reati con quello dell'inquinamento probatorio <sup>301</sup>, altre volte considerando ulteriori elementi al fine di valutare la personalità dell'imputato non previste però dalla norma <sup>302</sup>. Per questo motivo il legislatore è intervenuto sull'art 274, comma 1, lett. c) <sup>303</sup>, aggiungendo una serie di requisiti ed elementi ulteriori che devono essere oggetto di specifica valutazione ad opera del giudice, al fine dichiarato di limitarne la discrezionalità. La nuova disposizione fa riferimento non solo all'imputato ma anche alla «persona sottoposta alle indagini» della quale il giudice dovrà valutare la personalità (come per la lett.a), in quanto anche questa può essere destinataria di una misura cautelare, ma in realtà tale innovazione era già desumibile dal sistema in virtù dell'art. 61, comma 1 e 2, c.p.p. che equipara l'imputato alla persona indagata di reato, anche, quindi, sotto il profilo della libertà personale, ed anzi ha fatto sorgere qualche dubbio in relazione alla lett.b) della stessa disposizione, relativa al pericolo di fuga, che, non essendo stata incisa dalla riforma continua a far riferimento alla sola persona imputata <sup>304</sup>. Si introduce nella fattispecie anche il riferimento ai «comportamenti

---

<sup>301</sup> Si legge in Cass. Pen. III, 13 ottobre 1993, *P.m. in c. Cusani*, in *Foro.it.*, 1994, II, p.142 «ove il giudice individui, quale esigenza cautelare, la probabile reiterazione dei reati, è irrilevante ai fini della sua esatta configurazione giuridica, il motivo che la ispira; ne consegue che la probabile reiterazione dei reati, anche se finalizzata all'inquinamento processuale, configura di per sé l'esigenza di cui alla lett. c) dell'art. 274»

<sup>302</sup> Vedi Cass. Pen., sez. fer., 12 agosto 1993, in *Mass. Pen. cass.*, 1993, p.92 «(...) l'esame della personalità dell'imputato non deve essere riferita solo ai precedenti desumibili dal certificato penale, bensì anche da altri elementi ( carichi pendenti) atti a determinare un apprezzamento, parimenti utile al fine di ritenere la sussistenza del concreto pericolo di reiterazione dei reati della stessa specie (...)»

<sup>303</sup> Art.274, comma 1, lett. c) «quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, *desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali*, sussiste il concreto pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. *Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni*» (in corsivo le modifiche del 1995)

<sup>304</sup> Su questo punto si è anche sostenuto che il pericolo di fuga possa in realtà delinearsi solo quando il quadro probatorio relativo alla probabile colpevolezza del soggetto sia quantomeno solido, dovendosi quindi attendere la formulazione dell'imputazione (con la richiesta di rinvio a giudizio), di modo che verrebbe a parlarsi in ogni caso della sola persona imputata e non di quella semplicemente indagata, in

o atti concreti», come elementi per la valutazione della personalità del soggetto principalmente per sottolineare che ai fini della verifica «non possa mai rivestire un ruolo assorbente il profilo relativo a ciò che l'imputato è, ma quello inerente a ciò che l'imputato fa»<sup>305</sup>, ma anche per escludere che il giudizio negativo sulla stessa possa farsi derivare esclusivamente dalla gravità del fatto o dal tipo di reato oggetto dell'imputazione, e per far venir meno la considerazione di fattori che allo stesso non sono imputabili, come il ricorso a circostanze ambientali<sup>306</sup>. Si richiede quindi che il giudizio sia fondato su elementi sintomatici dell'esistenza del pericolo in questione e non sia meramente ipotetico e in quanto tale riferibile a chiunque<sup>307</sup>; in realtà la giurisprudenza utilizzava ai fini di questo giudizio gli elementi indicati nell'art.133 c.p., che sembrano più precisi di quelli introdotti nella disposizione processuale. La personalità dell'imputato potrà essere desunta anche dai «suoi precedenti penali»<sup>308</sup>, in relazione ai quali qualcuno ha anche osservato che potrebbe riscontrarsi la possibilità che per il soggetto pregiudicato la valutazione di questo elemento potrebbe tradursi un certo automatismo, ritenendo sufficiente tale dato per una prognosi di pericolosità<sup>309</sup>. Si richiede inoltre che il pericolo sia «concreto» in questo senso vietando valutazioni basate su mere presunzioni di carattere generale, non correlate con i fatti del

---

questo senso V.GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 59; G.AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 380 ss.

<sup>305</sup> P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.135

<sup>306</sup> La giurisprudenza in alcune decisioni aveva tenuto in considerazione, ai fini del giudizio sulla personalità e sulla pericolosità dell'imputato, anche fattori come l'ambiente socio-economico nel quale lo stesso operava, vedi Cass. 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, p.887,; Cass. 25 gennaio 1993, *Damiani*, in *Cass. Pen.*, 1994, p.2491; Cass. 4 febbraio 1993, *Trotta*, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 2493

<sup>307</sup> G.ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1996, p 85

<sup>308</sup> Originariamente la previsione faceva riferimento ai «precedenti giudiziari» (i carichi pendenti e le decisioni non ancora definitive), poi sostituita perché ritenuta contraria ai principi costituzionale, vedi sul punto C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa, Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995, il quale ritiene che quel riferimento possa comunque trovare uno spazio di valutazione in relazione ai comportamenti o atti concreti previsti dalla norma

<sup>309</sup> A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, p.26



procedimento. Infine è stato aggiunto che in relazione al pericolo di commissione di delitti della stessa specie, la possibilità di ricorrere alla custodia cautelare (e agli arresti domiciliari ad essa equiparati, art.284, comma 5) è subordinata al fatto che per quel delitto sia prevista una «pena non inferiore nel massimo a quattro anni di reclusione», limite edittale corrispondente a quello previsto nell'art.280 c.p.p. per l'applicazione della misura coercitiva della custodia cautelare<sup>310</sup>. Dalla nuova formulazione si ricava quindi che potrebbero essere comunque applicate misure coercitive, diverse dalla custodia cautelare, nel caso in cui il delitto della stessa specie sia punito con una pena inferiore rispetto a quella prevista dalla norma; questo sembrerebbe confermare quell'orientamento della giurisprudenza che aveva ritenuto che la qualifica di «gravi» riportata dalla disposizione in relazione ai delitti sia riconducibile solo ai delitti commessi con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale, e non invece per quelli di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede: questi accedrebbero, in certo senso, alla soglia della gravità solo quando la pena prevista si colloca al di sopra del limite edittale generale previsto dall'ultima parte dell'art.274, comma 1 lett.c). Si intuisce però che legare la possibilità di ricorrere alla massima misura coercitiva al superamento di un certo limite edittale, possa dar luogo ad un certo automatismo, rifiutato dal legislatore del codice: sarà allora necessario fare una ragionevole e opportuna applicazione dei criteri di adeguatezza e proporzionalità al fine di individuare la misura da applicare che sia idonea a far fronte all'esigenza del caso concreto

---

<sup>310</sup> Vedi A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, p.26, il quale definisce questa interpolazione come «un monumento alla prudenza transattiva di un legislatore, barcollante nella scelta tra il niente e il quasi niente», per l'evoluzione nell'iter normativo su questo punto vedi E.MARZADURI, *Commento all'art.3 della L. 8/8/1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p. 610, ID. *art.274*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M,CHIAVARIO, III agg., Torino, 1997, p.160 – 161, il quale ritiene sarebbe stata più opportuna l'individuazione specifica da parte del legislatore delle fattispecie criminose, anche perché le esigenze di prevenzione speciale possono essere diverse anche se la previsione edittale della pena tra reati diversi è la stessa; per una diversa valutazione vedi L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1171

e che non necessariamente dovrà coincidere con la custodia cautelare

311

In conclusione se è vero che «l'individuazione delle esigenze cautelari è da sempre un tema cruciale, perché in dipendenza dal modo in cui le finalità che legittimano la restrizione della libertà personale vengono tradotte in presupposti specifici, variano in concreto i casi di applicazione delle misure, e dunque l'estensione del potere cautelare», l'orientamento del legislatore penale su questo tema, nella ricerca del giusto equilibrio normativo tra la pretesa punitiva dello stato e la libertà personale dell'individuo, non sembra chiarire alcuni aspetti che pure assumono una sicura centralità. Sicuramente nell'individuazione e nell'articolazione normativa degli scopi della misura coercitiva è necessario attenersi ad un criterio di tassatività e determinatezza, per evitare prassi distorsive ed elusive delle garanzie fondamentali. Tuttavia l'indirizzo perseguito dal legislatore per dare contenuto a quei criteri sembra essersi attestato soprattutto, se non esclusivamente, sul piano di una, forse non opportuna, integrazione e ulteriore specificazione degli elementi della fattispecie cautelare che, come anticipato, risultava non necessaria in quanto le ulteriori precisazioni erano già rinvenibili implicitamente nella formulazione originaria della fattispecie dell'art.274 <sup>312</sup>, se correttamente interpretata alla luce dei principi generali su cui è stato costruito il nuovo processo penale <sup>313</sup> e che non sembra aver prodotto effetti degni di nota sul piano delle garanzie per un uso più attento delle misure cautelari (e

---

<sup>311</sup> G.ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1996, p.87

<sup>312</sup> In questo senso G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 65, il quale sostiene che «l'art.274, rappresentava una ragionevole soluzione di compromesso, lasciando spazio ad una valutazione del caso concreto in ambito circoscritto, delimitato dalla precisa descrizione delle esigenze cautelari riconosciute»

<sup>313</sup> Oltre a tutti gli autori in precedenza richiamati, vedi M.CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori, Premessa alla L. 8 agosto del 1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, p. 572, nonché E.MARZADURI, *Commento all'art.3 della L. 8/8/1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p.607

della custodia cautelare in particolare), salve alcune opinioni contrarie  
<sup>314</sup>.

Se l'obiettivo dichiarato era quello di limitare la eccessiva discrezionalità riscontrata nella prassi giudiziaria (evidenziando quasi una logica inaccettabile di sospetto aprioristico nei confronti della magistratura) <sup>315</sup>, e quindi la fattispecie concreta che veniva in evidenza, il legislatore potendo intervenire solo sulla fattispecie astratta, non avrebbe potuto porre un argine effettivo, che invece è rimesso solo ad una corretta interpretazione della norma nella sua applicazione: come è stato osservato « è spesso illusorio cambiare le norme per correggere i comportamenti» e che pertanto «anche un sistema come quello ora disegnato (dalla l. del 1995) si presta ad essere aggirato» <sup>316</sup>. Altre critiche si appuntano in relazione alla volontà legislativa di intervenire con una legge di carattere settoriale, fondata su motivazione contingenti, per dare risposta a problemi che riguardano invece l'intero processo penale, sul quale la riforma ha

---

<sup>314</sup> In senso contrario L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto del 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1170, il quale ritiene che la modifica apportata dalla l. del 1995 (art.3) sull'art. 274, comma 1, lett. c), lungi dall'aver avuto un'incidenza effettiva minima come ritiene gran parte della dottrina, abbia in realtà condotto ad una «restrizione significativa» dello spazio valutativo del magistrato chiamato a motivare l'esigenza cautelare in questione; ciò in quanto il legislatore ha precisato la fattispecie, non tanto con riferimento alla previsione di una soglia minima edittale di pena per i reati della stessa specie di quello per cui si procede al fine di poter applicare misure di natura custodiale, quanto in relazione ai parametri sulla base dei quali viene condotta la valutazione della personalità dell'imputato: il riferimento va quindi ai «comportamenti o atti concreti», da intendersi come atti specifici compiuti dall'imputato prima, dopo o durante la commissione del fatto di reato ( e non essendo più sufficiente il riferimento a parametri quali la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione), nonché ai «precedenti penali», che escludono la possibilità di considerare i soli precedenti giudiziari o più in generale la condotta o la vita del reo antecedente al reato

<sup>315</sup> Vedi sul punto G.GIOSTRA, *Le norme del codice in tema di misure cautelari personali possono definirsi tra le più garantiste?*, in *Crit. Dir.*, 1994, p.37, il quale evidenzia efficacemente che «è accaduto che soggetti direttamente o indirettamente interessati ad un insuccesso dell'azione inquirente si siano proposti come improbabili paladini dell'accusato»

<sup>316</sup> L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1169, il quale richiama le parole di Gian Domenico Pisapia, e che prosegue sostenendo che «in questo momento serve invece un atteggiamento interpretativo fatto di buona fede e forse anche della consapevolezza, da parte della magistratura e della classe forense, di dover modificare taluni "atteggiamenti" culturali»

inevitabilmente prodotto effetti e ha dato luogo a problemi di coordinamento<sup>317</sup>.

Ma, prescindendo dall'opportunità e dal metodo dell'intervento, molti hanno evidenziato che il reale problema di fondo, per quanto riguarda l'esigenza di prevenzione speciale, rimaneva inalterato e ancora privo di una risposta univocamente orientata, e cioè la preliminare valutazione della effettiva compatibilità di questa esigenza con il principio della presunzione di non colpevolezza, derivante dal legame tra la prognosi della colpevolezza-pericolosità dell'imputato e la situazione per lo stesso sfavorevole sul piano del trattamento durante lo svolgimento del processo. Come è stato sostenuto «sembrerebbero persistere tutti i dubbi, anzi, le certezze, in ordine alla perdurante eterodossia costituzionale dell'art.274 lett. c) c.p.p.»<sup>318</sup>. Si è ritenuto in definitiva che la legge del 1995 «(...) senza dubbio non costituisce un passo in avanti sull'affinamento degli istituti processuali (...) Anzi per certi aspetti non secondari, soprattutto con riferimento alla tematica dell'attività d'indagine ed alle correlative misure di stampo cautelare, essa appare destinata a segnare un obiettivo indebolimento di tali strumenti in ordine al conseguimento delle finalità ultime del processo»<sup>319</sup>, e in conseguenza di ciò permangono dubbi e conseguenti incertezze applicative<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> V.GREVI, *Più ombre che luci*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 332/1995*, Milano, 1996, p.4

<sup>318</sup> P.P.PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, p.138; sul punto vedi anche A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, p.27; G.ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.VV. *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1996, p. 86

<sup>319</sup> V.GREVI, *Più ombre che luci*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 332/1995*, Milano, 1996, pp.3-4, al quale si rimanda per una valutazione critica della novella

<sup>320</sup> In questo senso, L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1158, il quale osserva che «ne è derivata una normativa disorganica e "sbilanciata" talora disattenta dal punto di vista dei coordinamenti tecnici e spesso caratterizzata da ambiguità che rendono prevedibili futuri contrasti giurisprudenziali idonei a riaccendere polemiche e contrasti» tali da rendere auspicabili successivi correttivi di carattere tecnico e sistematico

### **CAPITOLO III**

#### **Gli elementi della fattispecie cautelare di prevenzione speciale.**

##### **L'interpretazione e l'applicazione della giurisprudenza**

#### **3.1 Il concetto di pericolosità rilevante ai fini dell'applicazione della misura cautelare per le esigenze di tutela della collettività. Il pericolo concreto**

Una volta ricostruito il percorso, normativo e giurisprudenziale, che ha portato alla codificazione, e alle successive modifiche, della finalità di difesa della collettività come autonoma esigenza cautelare, è opportuno guardare più da vicino al modo nel quale la previsione trova concreta applicazione nella prassi giurisprudenziale. Come si continua a sostenere, tale esigenza rimane pur sempre, anche a seguito del suo riconoscimento positivo, quella più discussa e di più difficile interpretazione perché guidata da «coordinate poste al di fuori del processo e del tutto sganciate dall'accertamento ivi effettuato»: ciò non solo per i dubbi che più in generale ad essa si accompagnano sul piano della legittimità costituzionale (in particolare nel rapporto con la presunzione di non colpevolezza), ma anche per le questioni che si pongono nel momento in cui la fattispecie cautelare in discorso deve trovare applicazione nel caso di specie. Su quest'ultimo aspetto alcuni rilievi critici sono già stati richiamati e hanno costituito motivo di interventi legislativi di carattere correttivo <sup>321</sup>, altri meritano attenzione: sembra necessario a tal fine fare luce sulle modalità con le quali il giudice interpreta, e conseguentemente da contenuto, a questa possibile finalità della misura cautelare.

Spostando l'attenzione al dato normativo dell'art.274, comma 1 lett. c) appare del tutto evidente una certa complessità strutturale della

---

<sup>321</sup> Si rinvia al § 2.4

fattispecie, particolarmente articolata e comprensiva di una pluralità di elementi costitutivi, dovuti in parte proprio all'evoluzione che l'ha caratterizzata, ma che al fondo esprime un meccanismo di tutela relativamente semplice: evitare che la tutela della collettività possa essere incisa dalla commissione di ulteriori delitti per opera di un soggetto (indagato o imputato) che si ritiene essere pericoloso <sup>322</sup>. I maggiori problemi derivano, come in parte anticipato, dalla eccessiva latitudine che la previsione può venire ad avere, stante le difficoltà interpretative che si riscontrano nella applicazione concreta della fattispecie, frutto anche della non facile traduzione delle esigenze di tutela della collettività in una disposizione normativa che doveva essere capace di contenerla, quanto al suo significato e alla sua portata, entro limiti sufficientemente certi e determinati; da ciò conseguono pericoli tutt'altro che remoti di generose dilatazioni dell'ambito operativo della norma, e che anzi spesso possono condurre ad utilizzazioni strumentali proprio in virtù dello spazio lasciato all'interprete. Le criticità che si riscontrano in merito alla legittimazione di tale finalità sono destinate anche ad accentuarsi se si pone mente al fatto che, diversamente dai casi in cui la misura cautelare trova giustificazione nelle altre esigenze cautelari, in questo caso il sacrificio per la libertà personale dell'imputato può assumere connotati di maggiore gravità: il pericolo di inquinamento probatorio o quello di fuga dell'imputato sono suscettibili di essere collocati entro un arco di tempo delimitato; al contrario il pericolo di commissione di reati ulteriori rispetto a quello per il quale si procede potrebbe legittimare imposizioni di limiti alla libertà del soggetto destinati a protrarsi più a lungo nel tempo. Questo costituisce anche una conseguenza della considerazione della pericolosità dell'imputato, per le esigenze collettive, quale parametro di riferimento per giustificare la misura cautelare: la pericolosità è infatti una situazione che non è riconducibile ad uno spazio temporale circoscritto *ab initio*, e che invece è destinato a protrarsi nel tempo e che richiede

---

<sup>322</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 70

successive valutazioni in relazione alla sua persistenza <sup>323</sup>. Questa serie di ragioni hanno costituito motivo di intervento da parte del legislatore al precipuo scopo di delimitare, mediante una maggiore precisazione degli elementi della norma, l'ambito di estensione della discrezionalità del giudice chiamato a decidere, rendendo maggiormente stringente ciò che deve costituire oggetto di valutazione: ciò è avvenuto prima con la originaria previsione del nuovo codice di procedura penale, laddove erano state già specificate alcune categorie di reati in relazione ai quali si è ritenuto lecito temere il pregiudizio per la tutela della collettività nell'eventualità che il soggetto imputato fosse stato considerato pericoloso, e su questo punto i reati richiamati dalla disposizione normativa sono stati individuati come quelli che potessero destare un apprezzabile «allarme sociale», come affermato anche dalla Corte costituzionale, tale da giustificare l'adozione di misure che potessero limitare tale pericolo; ma anche la novella del 1995 ha inteso contribuire allo scopo cercando di rendere maggiormente dettagliato l'oggetto della valutazione dell'autorità procedente, esplicitando i parametri da prendere in considerazione. In altri termini si sono voluti individuare da un lato i «fatti» cui ancorare la valutazione di pericolosità, dall'altro sono stati individuati i «reati» che possono legittimare la restrizione della libertà. Ne è derivata una norma che in definitiva impone al giudice di valutare la presenza nel caso concreto di indici da cui desumere il pericolo di commissione di determinati reati, o per meglio dire la pericolosità sociale dell'indagato o dell'imputato, offrendo allo stesso l'indicazione degli elementi da tenere in considerazione, e che cerca di indicare in maniera precisa proprio quei reati, in relazione ai quali il pericolo della eventuale realizzazione costituisce motivo di intervento coercitivo per la difesa sociale. L'oggetto dell'analisi sarà costituito in questa parte dalle modalità con le quali le previsioni normative hanno trovato concretizzazione ad opera dell'applicazione giurisprudenziale.

---

<sup>323</sup> In questo senso C.TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, p.383; G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 71

Punto di partenza è lo stesso concetto di «pericolosità sociale» che la fattispecie cautelare considera ai fini dell'applicazione della misura cautelare da intendersi, prima di tutto, come pericolosità «specificata» di commissione o di reiterazione di determinati reati <sup>324</sup>, e che, inoltre, è distinto dal concetto di «capacità a delinquere»: quest'ultima esprime una possibilità generica che il soggetto possa commettere reati, una generica attitudine dello stesso, mentre la pericolosità richiede un'attitudine alla commissione di reati particolarmente intensa, espressa in termini di probabilità <sup>325</sup>. Questo concetto di pericolosità sociale richiama da vicino quello rilevante ai fini delle misure di sicurezza, il che costituisce anche motivo di riserva per la sua utilizzazione nella fase cautelare, in ragione del fatto che in quel caso il riferimento a finalità di prevenzione speciale ed extraprocessuale potrebbe giustificarsi in virtù del fatto che il processo è giunto a conclusione accertando la responsabilità penale dell'imputato, mentre nel caso della misura cautelare quel riferimento potrebbe lasciare spazio a finalità estranee al processo o che comunque con lo stesso hanno solo «un'incidentale confluenza»: per questo motivo si ritiene che il fondamento logico della misura adottata verrebbe ad avere «natura sostanziale e non processuale» <sup>326</sup>, con il rischio di utilizzazioni strumentali dell'esigenza di prevenzione speciale che costituiscono il principale motivo di censura rispetto a questa esigenza cautelare. Per evitare interpretazioni eccessivamente ampie bisogna ritenere che la pericolosità dell'imputato sia da ricondurre a circostanze di «probabile e attuale pericolo di reiterazione di comportamenti delittuosi specifici»: non basta quindi la mera possibilità di concretizzazione di quel pericolo ma è necessario riscontrare una «elevata e concreta probabilità» che il soggetto commetta i reati indicati dalla norma. Con tutti i limiti che si legano ad un giudizio prognostico proiettato al futuro, che può considerare solo ciò che è presumibile ed in quanto tale soggetto a

---

<sup>324</sup> Si rinvia a quanto detto nel § 2.1

<sup>325</sup> F.MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p.670;

<sup>326</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 71



marginì di errore, il livello di pericolo deve essere particolarmente significativo, apprezzabile e non meramente ipotetico, reale e attuale<sup>327</sup>. La giurisprudenza, dal canto suo, ha interpretato in maniera diversa l'intensità del pericolo che è necessario riscontrare per legittimare la restrizione della libertà personale al fine di prevenzione speciale: ne sono seguiti orientamenti diversi. In alcune decisioni si è ritenuto sufficiente un «pericolo di qualsiasi intensità, purché concreto» di commissione di ulteriori reati<sup>328</sup>; in altri casi, con maggiore rigore, in virtù del fatto che «l'esigenza di prevenzione speciale (...) è la meno allineata ai postulati garantistici fondanti la Costituzione repubblicana», si è sostenuto che il pericolo debba derivare da «elementi concreti che rendano altamente probabile, (*id est* quasi certo), che il soggetto in scrutinio, presentandosene l'occasione, ricada nel reato» e che non è invece sufficiente una «semplice ipotesi di ricaduta»<sup>329</sup>. La giurisprudenza appare però concorde nel ritenere che quando si parla del pericolo come presupposto della misura cautelare, a differenza dei casi di applicazione di misure di prevenzione per le quali il presupposto è costituito da elementi o comportamenti solo «sintomatici» del pericolo portato dalla condotta del singolo, «la pericolosità deve essere dimostrata e non essere quindi frutto di sospetto, ancorché fondato»<sup>330</sup>.

330

---

<sup>327</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p.72-73; F.TERRUSI, *Le misure personali di coercizione*, Torino, 2000, p.72, il quale ritiene che la riforma del 1995 «abbia reso maggiormente chiara l'inammissibilità di valutazioni prognostiche di stampo meramente congetturale o ipotetico (...)»

<sup>328</sup> Cass. Pen., 23 giugno 1999, *PM in proc. D'Alessandro*, in *Cass. Pen.* 2001, p.215

<sup>329</sup> Cass. Pen., 8 agosto 1995, *Masi*, in *Cass. Pen.*, 1996, p.1493, n.881, in relazione alla prognosi di pericolosità effettuata nei confronti di un soggetto incensurato e relativamente ad un fatto commesso in epoca risalente (otto anni prima) rispetto al momento della valutazione di pericolosità; vedi anche Cass. Pen. sez. III, 15 dicembre 1997, *Di Giorgio*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p. 587, con nota di D.POTETTI, *Aspetti rilevanti del «fattore tempo» nell'ambito delle misure cautelari personali*, pp. 588 ss.

<sup>330</sup> Cass. Pen. sez. I, 22 maggio 1991, *Prestianni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 630, anche in *Cass. Pen.*, 1992, I, p.97 dove la Corte conclude sostenendo che «(...)l'applicazione di una misura cautelare motivata esclusivamente con il richiamo agli elementi giustificativi della misura di prevenzione è illegittima»; in dottrina vedi G.AMATO, art. 274, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, diretto da

Il pericolo di reiterazione del reato oltre che essere specifico e connotato da un'elevata probabilità di verifica deve essere anche «concreto»<sup>331</sup>: su questo punto in giurisprudenza si è precisato che la «concretezza» non si identifica con «l'attualità» del pericolo stesso, che deriverebbe dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di altri reati, e che invece deve intendersi come necessità che sussistano, come condizione necessaria e sufficiente, «elementi concreti», e quindi non meramente ipotetici, in relazione ai quali può pronosticarsi che l'imputato possa, se non sottoposto a misura cautelare, determinarsi alla commissione dei reati considerati dalla disposizione normativa<sup>332</sup>; si ritiene anche che la prognosi relativa alla commissione di ulteriori reati può definirsi espressa in termini di *probabilità concreta* quando il pericolo sia desunto dall'applicazione del criterio dell'*id quo plerumque accidit*, valutando le specifiche modalità e circostanze del fatto e la personalità

---

E.AMODIO-O.DOMINIONI, vol. III, Milano, 1990, pp.32 ss.; G.ASCIONE-D. DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, pp.270 ss.; M.CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1990, pp.53 ss.

<sup>331</sup> Cass. Pen. sez. VI, 19 settembre 1995, in *C.e.d.* 202558, dove si afferma che «in tema di esigenze cautelari ed in particolare di tutela della collettività appare sempre più esplicita (...) la necessaria valutazione della personalità dell'indagato, riferita ad un parametro ispirato a criteri di concretezza, attualità e specificità a fondamento di una prognosi rigorosa di pericolosità»; Cass. Pen. sez. fer., 30 luglio 1992, *Bucci*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, p.583 nella quale la Corte ha ritenuto generica la motivazione fornita dal primo giudice che aveva desunto la concretezza del pericolo di reiterazione di delitti della stessa specie dalle dimensioni dell'organizzazione criminosa e dalla qualità dei partecipanti di essa, senza considerare invece il ruolo che l'imputato aveva o aveva avuto nell'organizzazione criminosa

<sup>332</sup> In questo senso, Cass. Pen., 18 dicembre 1990, *Cuzi*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p.280; Cass. Pen., 5 novembre 1992, *Conti*, in *Arch. n. proc. pen.* 1993, p.467; più recentemente vedi Cass. Pen. sez., 10 aprile 2012, n.18851, in *Cass. Pen.*, 2014, II, p.616-617, nella quale in relazione al pericolo di reiterazione di delitti della stessa specie (nella specie, naufragio di una nave da crociera) la Corte ha riaffermato che «il parametro della concretezza, non si identifica con l'attualità del pericolo (...), dovendo al contrario, il predetto requisito essere riconosciuto alla sola condizione necessaria e sufficiente, che esistano elementi concreti, cioè non meramente congetturali, sulla base dei quali possa affermarsi che il soggetto inquisito possa facilmente, verificandosene l'occasione, commettere ulteriori reati rientranti fra quelli contemplati dall'art. 274, comma 1, lett.c) c.p.p. »; in senso contrario D.POTETTI, *Aspetti rilevanti del «fattore tempo» nell'ambito delle misure cautelari personali*, in *Cass. Pen.* 1999, I, p. 593

dell'imputato <sup>333</sup>. In senso contrario parte della giurisprudenza afferma anche che basti la «concreta possibilità» che l'imputato in libertà possa commettere quei determinati reati previsti dall'art.274, comma 1, lett. c) <sup>334</sup>. Inoltre, può parlarsi di pericolo concreto di commissione di delitti della stessa specie non in relazione ad una realizzazione delittuosa *in itinere*, cioè nella fase di esecuzione della condotta penalmente rilevante, ma al contrario il requisito della concretezza va desunto da fatti che siano già accaduti e quindi collocati nel passato, in modo che il pericolo sia frutto di un giudizio prognostico proiettato al futuro <sup>335</sup>. Secondo i giudici lo stesso pericolo concreto di commissione dei gravi delitti o reati della stessa specie di quello per il quale si procede deve derivare dalla considerazione non solo di un «pericolo già verificatosi», ma deve essere contestualizzato nel caso specifico tenendo conto «degli elementi di giudizio disponibili per considerare seriamente e realmente attendibile la reiterazione di una condotta criminosa» che si vuole evitare <sup>336</sup>.

Sempre per opera della giurisprudenza si è giunti a precisare le modalità con le quali la richiesta «concretezza del pericolo» venga a declinarsi in alcune circostanze particolari. In questo senso si è

---

<sup>333</sup> Cass. Pen., 15 gennaio 1990, *Flora*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 612; si parla ancora di «concreta probabilità» di commissione di ulteriori delitti in Cass. Pen., 26 ottobre 1990, *Crippa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.459; Cass., 11 febbraio 1991, *Fabiano ed altri*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1991, p. 456; Cass., 29 maggio 1996, *Senesi*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1997, p. 79; Cass., 27 luglio 1993, *Sanfilippo*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2492 nella quale si dichiara che il giudice debba effettuare una prognosi, sulla base degli elementi previsti dalla norma, che lo conduca ad una «dichiarazione di una concreta probabilità che il medesimo (imputato) commetta uno dei delitti indicati dall'art. 274, comma 1 lett. c)»; Cass. Pen., 19 marzo 1992, *Rosiello*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1993, p.322-323

<sup>334</sup> Cass., 24 ottobre 1990, *Ferrari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.458-459;

<sup>335</sup> Vedi Cass. Pen., 13 novembre 1992, *Politi*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.467; Cass. Pen., 28 giugno 1995, *Bogetto*, in *Riv. Pen.*, 1996, p.648

<sup>336</sup> Cass. Pen., 30 aprile 1993, *Angrisani*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, p.123; nello stesso senso vedi Cass. Pen., 1 marzo 1990, *Fecchio*, in *Riv. Pen.*, 1991, p. 94 nella quale si afferma che «la prevenzione speciale (...) esige, da un canto l'individuazione dei fatti cui ancorare la valutazione della pericolosità e, dall'altro, la determinazione dei reati che possono legittimare la restrizione della libertà»; sul punto in dottrina GIUS.AMATO, *art. 274*, in G.LATTANZI- E.LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 1998, p. 155; L.UGOCCIONI, in *Giurisprudenza sistematica del diritto processuale penale*, diretta da M.CHIAVARIO-E.MARZADURI, Torino, p.26

ritenuto, ad esempio, che non può escludersi la presenza dell'esigenza di prevenzione speciale per il solo fatto che il reato è stato commesso in epoca remota <sup>337</sup>, pur richiedendosi in questo caso che il giudice chiamato a decidere sulla revoca o sulla sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere per fatti commessi in epoca non recente (nella specie otto-nove anni prima), e che intenda rigettare tale richiesta ritenendo ancora sussistente il pericolo per la collettività, dovrà «indicare in modo particolarmente specifico e dettagliato gli elementi concludenti atti a cogliere l'attualità e la concretezza del pericolo di reiterazione criminosa» <sup>338</sup>. Il fattore temporale, ritiene la giurisprudenza, può assumere rilevanza anche la fine di evitare che si applichi la misura custodiale per «reati prossimi alla prescrizione», in quanto in questi casi potrà valorizzarsi il tempo trascorso dalla

---

<sup>337</sup> Cass. Pen., 8 agosto 1995, *Masi*, n.881, in *Cass. Pen.*, 1996, p.1493; Cass. Pen. sez. III, 24 novembre 1997, *Ibrahimi*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p. 212; Cass. Pen. sez.VI, 19 ottobre 1995, *Lorenzetti*, in *Cass. Pen.*, 1997, II, p.459 dove è stato sottolineato che l'ordinanza che dispone la misura cautelare personale « (...)non può non tenere conto anche del tempo intercorso dalla commissione del reato», non solo in relazione alla sussistenza (o persistenza) delle esigenze cautelari, ma anche con riferimento al quadro indiziario, sul quale il fattore temporale incide in punto di credibilità

<sup>338</sup> Cass. Pen., 24 maggio 1996, *Aloè*, C.e.d. 205306; vedi anche nella giurisprudenza di merito Trib. Di Genova Sez. II, ord. 11 luglio 1995, *Pardeo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p.901, riguardante la considerazione delle dichiarazioni di collaboratori di giustizia al fine di valutare la sussistenza dell'esigenza cautelare di prevenzione speciale, dove si è ritenuto che «il giudizio di assenza delle esigenze cautelari legittimante la revoca della misura adottata (nella specie obbligatoriamente coercitiva ai sensi dell'art.275, comma terzo, c.p.p.) deve essere prudentemente effettuato tenendo in considerazione fra l'altro, il *fattore temporale* legato alla vetustà del *tempus commissi delicti*», con nota di G.M.GALLO, *Il tempus commissi delicti nella valutazione delle esigenze cautelari: una decisione premonitrice della novellazione legislativa*, *ivi*, il quale sottolinea l'importanza e il «coraggio» della decisione sul punto della considerazione del rapporto intercorrente tra il tempo del presunto commesso delitto e le «scansioni» tecniche del procedimento cautelare, con la valorizzazione da parte del giudice dell'aspetto della «vetustà dell'episodio» ai fini del giudizio cautelare; Cass. Pen. sez. VI, 15 gennaio 2003, *Khiair Mohamed Zenab*, in *Giur. it.*, 2004, p.1469; Cass. Pen., 23 ottobre 1997, *Held*, in *Cass. Pen.*, 1999, p.1535, nella quale si è affermato che «il pericolo di reiterazione dei reati della stessa indole (...) non può desumersi dal carattere stesso dei reati contestati, ed in particolare dalla protrazione nel tempo di condotte professionalmente dedite alla perpetrazione dei fatti per cui è indagine, in quanto in tal modo ogni reato a struttura permanente o caratterizzato dalla continuazione comporterebbe un pericolo di reiterazione»; in dottrina vedi anche M.L.DI BITONTO, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p.873 per la valutazione del fattore tempo nell'ambito interno ed europeo

ipotizzata commissione del reato al fine dell'apprezzamento della «diminuzione delle esigenze cautelari»<sup>339</sup>.

Si è anche precisato che il pericolo concreto di reiterazione del reato non è di per sé escluso dalla rilevata «occasionalità» della pulsione alla commissione del fatto specifico per il quale si procede nei confronti di quel determinato soggetto, ma al contrario tale circostanza può «confermare» la sussistenza di un pericolo concreto di commissione di fatti analoghi, in virtù della regola di esperienza (*id quo plerumque accidit*) secondo la quale «il (soggetto) violento, in quanto tale, trova per ciò stesso con estrema facilità e frequenza, nel quotidiano svolgersi della vita di relazione, infinite occasioni per dare sfogo ulteriormente ai propri istinti in danno di altri», sempre a condizione che sia stata accertata la propensione del soggetto a commettere determinati reati, sulla base di «fatti specifici e dotati di adeguata significanza»<sup>340</sup>.

Alcune pronunce hanno affermato che nel caso particolare di concorso di persone nel reato, al fine di valutare che il pericolo sia concreto, è necessario esaminare la condotta dell'indagato o dell'imputato, per riscontrare l'eventuale pericolo di recidività, facendo

---

<sup>339</sup> Cass. pen., 2 giugno 1997, *Tringoli*, in *Cass. Pen.*, 1999, p.233, dove si afferma, in modo analogo alla sentenza sopra citata, che «in questi casi, qualora l'indagato venga sottoposto per reati commessi in epoca non recente alla custodia in carcere, il giudice deve individuare in modo particolarmente specifico e dettagliato gli elementi concludenti atti a cogliere l'attualità e la concretezza de pericolo di reiterazione criminosa fronteggiabile solo con la permanenza in carcere»; Cass. Pen. sez. III, 15 dicembre 1997, *Di Giorgio*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p. 587, con nota di D.POTETTI, *Aspetti rilevanti del «fattore tempo» nell'ambito delle misure cautelari personali*, pp. 588 ss. il quale analizza i rapporti tra il fattore temporale e le esigenze cautelari, ritenendo che il primo incide in particolar modo sull'esigenza cautelare di prevenzione speciale. In dottrina sul «fattore temporale» in generale vedi GIUS.AMATO, *art. 274*, in G.LATTANZI- E.LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 1998, p.158, nonché R.BRICCHETTI-E.MARZADURI, *Codice di procedura penale, annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, p.1024

<sup>340</sup> Cass. Pen., 5 novembre 1990, *Canala*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.458 e p.576-577, in relazione ad un caso di ipotesi di reato commesso con «violenza contro la persona» (nella specie omicidio premeditato), e di ricorso in Cassazione contro la decisione del tribunale, introducendo tra i motivi del ricorso stesso il vizio di motivazione in ordine al concreto giudizio di pericolosità stante «la mera occasionalità e irripetibilità del fatto (...)»

riferimento «all'intera vicenda criminosa alla quale (l'imputato) ha partecipato, e non soltanto alla singola azione che lo stesso abbia concretamente realizzato» <sup>341</sup>, procedendo quindi ad una valutazione necessariamente complessiva della condotta tenuta in occasione del fatto.

Infine , per attribuire al pericolo di commissione o reiterazione di altri reati il requisito necessario della concretezza, secondo la giurisprudenza può considerarsi anche che nel caso concreto si sia in presenza di una «molteplicità di fatti contestati», in quanto questa circostanza può costituire un «indice sintomatico di una personalità proclive al delitto», anche indipendentemente dall'attualità della condotta, e quindi anche se il comportamento risulti essere risalente nel tempo <sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Cass. Pen. sez. II, 4 maggio 2000, *Clarino*, in *Cass. Pen.*, 2001, III, p.1861, in questo caso la Corte ha dichiarato manifestamente infondato il ricorso dell'imputato che aveva sostenuto contro l'ordinanza che disponeva la misura cautelare, che il pericolo della reiterazione del reato in realtà non era sussistente in virtù del fatto che si era limitato a fornire ai correi un mero supporto materiale

<sup>342</sup> Questo indirizzo lo si ritrova in alcune pronunce fra cui Cass. Pen. sez. V, 16 novembre 2005, *Salucci*, in *C.e.d* 233222, nonché Cass. Pen. sez. V, 7 luglio 2004 *Rascunà*, in *C.e.d* 238098, Cass. Pen. sez. VI, 17 febbraio 2005, *Genna*, in *C.e.d* 231323; in senso contrario invece Cass. Pen. sez. II, 21 novembre 1997, *Accardo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.748, dove si sostiene che « (...) il giudice è tenuto a dare concreta e specifica ragione dei criteri logici adottati, senza potere, nell'ipotesi in cui più siano gli indagati, assumere determinazioni complessive e generali» e che in conseguenza «la motivazione in ordine alla pericolosità sociale ed alla necessità della misura della custodia cautelare non può accomunare, in una valutazione cumulativa, la posizione di più indagati senza valutare invece separatamente le situazioni individuali», nello stesso senso Cass. Pen. Sez. VI, 8 novembre 1993, *Stanislao*, in *Riv. Pen.*, 1995, p.404, fattispecie nella quale la Corte ha annullato l'ordinanza del giudice del riesame relativo ad un provvedimento di custodia adottato nei confronti di più indagati, facendo leva però su determinazioni complessive e generali quanto alle esigenze di tutela della collettività; vedi anche Cass. Pen. sez. I, 27 luglio 1990, *Ranucci*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.124

### **3.2 Gli indici da cui desumere il pericolo di reiterazione del reato. Il parametro oggettivo delle «specifiche modalità e circostanze del fatto» e quello soggettivo della «personalità della persona sottoposta alle indagini o imputata»**

Come anticipato, la formulazione attuale dell'art.274, comma 1, lett.c), nel dichiarato intento di rendere quanto più determinato possibile il suo ambito operativo mediante la previsione di elementi specifici in grado di circoscrivere le opzioni ermeneutiche possibili in un ambito limitato ed evitare applicazioni eccessivamente late se non addirittura arbitrarie, prevede due principali elementi che il giudice è chiamato a valutare per accertare se nel caso concreto possa effettivamente parlarsi di un pericolo (concreto) di commissione o reiterazione di ulteriori reati, come sopra ricostruito, da parte della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato. In altre parole la discrezionalità che accompagna la valutazione giudiziale dovrebbe configurarsi come «vincolata»<sup>343</sup>, in quanto seppure frutto dell'apprezzamento dell'organo giudiziario, il pericolo dovrà essere desunto dalle «specifiche modalità e circostanze del fatto» nonché dalla «personalità della persona sottoposta alle indagini o imputata»: su quest'ultimo elemento la norma prosegue precisando che la stessa sia desunta da «comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali». Sembrerebbe quindi che la norma ancori la verifica relativa alla sussistenza del pericolo a due profili principali: il primo avente carattere «oggettivo» e facente riferimento proprio alle modalità e alle circostanze che connotano il fatto di reato per il quale si procede, il secondo di natura «soggettiva» e consistente nella considerazione dell'aspetto della personalità del soggetto imputato, relativamente al quale, però, la norma tiene a precisare quali debbano essere i parametri di riferimento, di natura oggettiva: comportamenti tenuti dal soggetto o atti dallo stesso

---

<sup>343</sup> Vedi A.BEVERE, *La prognosi del giudice, la finalità sostanziale e l'anomala misura di sicurezza*, in *Crit. Dir.*, 1993, p. 42

realizzati, nonché eventuali sentenze di condanna già pronunciate a suo carico. L'indagine che il giudice è chiamato ad effettuare, quindi, ai fini dell'applicazione, della revoca o della modifica delle misure cautelari adottate dovrà riguardare entrambi i profili relativi alla personalità del soggetto, seguendo i criteri indicati dalla norma processuale nonché l'ambiente in cui il delitto è maturato, la vita precedente dell'imputato e gli altri elementi indicati dall'art. 133 c.p., e al comportamento tenuto dall'imputato nel momento della (supposta) commissione del fatto per il quale si procede <sup>344</sup>. Secondo una giurisprudenza costante sul punto, sulla base di questi elementi, a carattere oggettivo, il giudice «deve pervenire, con adeguata e logica motivazione, alla formulazione della prognosi di pericolosità dell'imputato, a salvaguardia delle esigenze di tutela della collettività, che deve tradursi (come detto) nella dichiarazione di una concreta probabilità di futuri eventi criminosi, nell'ipotesi di applicazione di una misura di coercizione personale, nel rispetto dei principi di adeguatezza e di proporzionalità» <sup>345</sup>.

Il vaglio giudiziale di questi due aspetti rappresenta chiaramente, insieme con la prognosi di commissione di determinati reati, il nucleo essenziale della norma, dalla cui interpretazione dipende anche lo spazio che l'esigenza di prevenzione speciale può trovare nelle motivazioni a sostegno della limitazione della libertà personale nel corso dello svolgimento processuale: appare evidente allora che più

---

<sup>344</sup> Vedi Cass. Pen. sez. I, 12 gennaio 1999, n.5555, *Barreca S.*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p.303, nella quale si afferma che «poiché la capacità a delinquere del colpevole è concetto che si pone in relazione di continenza con quello più ampio di personalità considerato dall'art.274, lett. c), ne deriva che ai fini del giudizio prognostico di pericolosità enunciato da tale norma, possono essere valutati tutti gli elementi indicati dall'art.133, secondo comma, c.p. (...)»

<sup>345</sup> Cass. Pen. sez. I, 27 luglio 1990, *Ranucci*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.124; Cass. Pen. sez. I, 11 febbraio 1991, n.678, *Fabiano e altri*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.456; Cass. Pen. sez. I, 24 ottobre 1990, n.3561, *Ferrari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.458; Cass. Pen. sez. VI, 26 ottobre 1990, n.2828, *Crippa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.459; Cass. Pen. sez. VI, 20 ottobre 1992, n.919, *Rosiello*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.323; Cass. Pen., sez. fer., 11 agosto 1993, *Sanfilippo*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p.2492; Cass. Pen. sez. I, 15 marzo 1990, *Palma*, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p.203; Cass. Pen. sez. II, 31 marzo 1994, n.1154, *Rau*, in *Riv. pen.*, 1995, I, p.253



che il dato normativo, pur indispensabile punto di partenza e limite ad esegesi distorsive, sono le modalità con le quali questi elementi vengono ad essere riempiti di contenuto nella specificità del caso concreto a dover essere oggetto di un'analisi attenta: in altri termini è necessario guardare, anche su questo punto, alla prassi applicativa e all'interpretazione datane dai giudici.

Emerge tuttavia, in relazione a questo aspetto, che la disposizione viene spesso interpretata come se esistessero «due territori esplorabili separatamente», ritenendosi sufficiente al fine dell'individuazione del pericolo concreto, la sussistenza anche di uno solo dei due profili richiamati dalla norma <sup>346</sup>. E' stato osservato che, se la valutazione cautelare ha come obiettivo quello di individuare «tracce di pericolosità», intesa come rischio della reiterazione criminosa, potrebbe allora bastare anche la sussistenza di uno solo dei due profili per giustificare una prognosi negativa e la conseguente legittimazione di misure coercitive, mentre se lo scopo è quello di individuare nel caso di specie «un'elevata probabilità di reiterazione» che sia anche concreta ed attuale, in questo caso dovrebbe essere necessario condurre la valutazione in modo tale da considerare entrambi gli aspetti richiamati dalla disposizione. E tuttavia al «rigore della (indicata) premessa teorica» fa da contraltare «l'estrema labilità della valutazione concreta», in quanto spesso il criterio della elevata probabilità della *reiteratio criminis*, costituente il fondamento del pericolo concreto ed attuale, è sostituito dalla semplice probabilità, ed in alcuni casi della semplice e sola possibilità, di commissione di altri reati: ciò avviene non soltanto per una «superficialità valutativa» ad opera del giudice, ma è anche dovuto ad un «intrinseco limite della lettera normativa» <sup>347</sup>.

Si possono infatti individuare diversi indirizzi giurisprudenziali in ordine alla questione della valutazione del profilo oggettivo e di quello soggettivo da cui desumere il pericolo concreto, come conseguenza

---

<sup>346</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 73

<sup>347</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 73

della diversa interpretazione che può darsi dello stesso parametro normativo: aspetto alquanto indicativo di una disposizione che, se non inadeguata, rimane pur sempre lontana dai propositi di chiarezza e determinatezza che hanno costituito lo sfondo, e i motivi, della sua modifica nel tempo.

Seguendo una prima interpretazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, nel giudizio teso ad individuare il pericolo concreto di commissione o reiterazione di taluno dei reati indicati nella disposizione normativa, il giudice deve necessariamente tenere conto *sia* «delle caratteristiche oggettive e soggettive del fatto reato», e quindi della condotta integrante la fattispecie penale e le conseguenze che ne sono derivate, *sia* «della personalità dell'agente» come risultante dai comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, i quali siano idonei a fare luce su una personalità incline alla reiterazione del reato. Questo indirizzo trova fondamento nella ritenuta volontà normativa di procedere ad una «valutazione globale della gravità del reato e della personalità del soggetto che ne è accusato», nel rispetto della quale il giudice deve effettuare ai fini del giudizio prognostico, una «valutazione specifica e *distinta* di entrambi i criteri direttivi indicati dalla legge», in quanto non sarebbe possibile limitare tale verifica all'apprezzamento di uno solo dei due profili, e quindi senza poter ricavare un giudizio negativo sulla personalità dell'imputato dalle medesime modalità e circostanze del fatto poste alla base della considerazione della gravità del fatto di reato <sup>348</sup>. Ed infatti si ritiene che, a seguito della modifica legislativa intervenuta nel 1995 (con la l. 332), l'attuale previsione normativa sta ad indicare una duplicità di piani da tenere in considerazione nella valutazione giudiziale: da un lato il riferimento alle «specifiche modalità e circostanze del fatto» rinvierebbe alla valutazione del «fatto-reato» oggettivamente considerato, mentre con l'espressione «comportamenti o atti concreti» dai quali va desunta la personalità del soggetto, il legislatore avrebbe voluto fare riferimento

---

<sup>348</sup> Cass. Pen. sez. I, 1 aprile 1992, *Braccio*, in *Cass. Pen.* 1994, I, p.348

alla «condotta anteatta o successiva alla (supposta) commissione del fatto» e quindi da intendersi come diversa da quella che si ritiene integrante la fattispecie tipica sostanziale. Conseguentemente per potersi parlare di una concreta pericolosità sociale che sia ad un tempo integrante l'esigenza di prevenzione speciale e contemporaneamente, nonché conseguentemente, legittimante la misura cautelare è necessario valutare sia il fatto-reato, sia i comportamenti e i precedenti penali validi ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato <sup>349</sup>. Si sostiene infatti che per poter giungere ad un giudizio sul punto della personalità dell'indagato o dell'imputato non si può fare riferimento al solo fatto di reato per il quale è pendente il processo, ma al contrario è necessario valutare altri elementi che, considerati in maniera complessiva, restituiscano la rappresentazione di un soggetto incline alla commissione di reati: in questo senso andranno considerati anche parametri quali l'indole, la condizione sociale, culturale ( ecc.), oltre che i comportamenti precedenti o successivi al fatto o l'esistenza di precedenti penali <sup>350</sup>. Ancora sul particolare punto della duplice valenza del profilo oggettivo della previsione (specifiche modalità e circostanze del fatto) la Corte di Cassazione ha riaffermato che questo elemento

---

<sup>349</sup> Vedi sul punto GIUS.AMATO, *art. 274*, in G.LATTANZI- E.LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 1998, pp. 160 ss.; in giurisprudenza vedi Cass. Pen. sez. II, 23 gennaio 1996, *Armelli*, in C.e.d. 203774; in senso identico Cass. Pen. sez. III, 24 gennaio 1996, n. 4006, *P.M. in proc. c. Marino*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, pp. 59- 60 nella quale si legge « (...) Ne deriva (dalla legge del 1995) che la pericolosità sociale che può giustificare una misura cautelare deve essere desunta sia dalle specifiche modalità e circostanze del fatto, sia dalla personalità dell'indagato o dell'imputato oggettivamente valutata sulla base dei precedenti penali o della condotta concreta», e ancora «(...) In conclusione, la pericolosità sociale che rileva ai fini delle misure cautelari si deve desumere sia dal fatto-reato, sia dalla persona dell'indagato o imputato, quale risulta da altri suoi comportamenti e dai suoi precedenti penali»; allo stesso modo, Cass. Pen. sez. VI, 29 marzo 1999, n. 743, *Petrillo*, in *Cass. Pen.*, 2000, IV, p.2684; Cass. Pen. sez. I, 13 giugno 1998, n.2593, *Giunta*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.748; Cass. Pen. sez. VI, 12 febbraio 1999, n.17, *Valleroni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 658; Cass. Pen. sez. VI, 21 luglio 1999, *D'Alessandro*, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.215; Cass. Pen. sez. II, 27 marzo 1996, *Papagna*, in *Foro it.*, 1997, II, p.176-177; Cass. Pen. sez. IV, 1 aprile 2004, *Albanese*, in C.e.d. 229141

<sup>350</sup> Cass. Pen. sez. II, 7 maggio 1996, *Paglia*, in *Cass. Pen.*, 1997, III, p.3075, caso nel quale la Corte ha annullato il provvedimento del tribunale del riesame di conferma della misura cautelare, desumendo la pericolosità esclusivamente dalle modalità dei fatti di reato accertati

non può ricevere una duplice valutazione, prima sul piano della gravità della fattispecie, e successivamente su quello della personalità del soggetto: si è infatti ribadito che, in virtù della precisazione normativa per la quale la personalità dell'imputato va desunta da comportamenti o atti concreti, deve necessariamente derivarne che questi non possano logicamente identificarsi con le modalità e le circostanze del fatto, che rilevano invece in relazione alla gravità del reato ascritto al soggetto <sup>351</sup>. Anche in dottrina è stato sottolineato in questo senso la decisività dell'interpolazione normativa del 1995: si è detto infatti che, fino a quando «nulla si aggiungeva» (e cioè prima della modifica normativa), anche la personalità poteva essere valutata prendendo in considerazione proprio le modalità con le quali si era concretizzata la condotta criminosa nel caso concreto; ma una volta «aggiunto» che, oltre alle modalità e alle circostanze del fatto, la pericolosità della personalità deve desumersi dai precedenti penali e soprattutto dai «comportamenti o atti concreti», sarebbe difficile non riconoscere che questi debbano essere necessariamente diversi rispetto a quelli che connotano la condotta delittuosa: ne consegue che la condotta precedente o successiva deve sostanziarsi in comportamenti o atti «diversi ed ulteriori» <sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> Cass. Pen. sez. II, 15 gennaio 1997, Vallo, in *Cass. Pen.*, 1998, III, p.1694, con nota di G.PETRACHI, *Alcune considerazioni sulla valenza da attribuire all'elemento oggettivo indicato dall'art.274 lett. c) c.p.p. ai fini della configurabilità del periculum libertatis*, pp.1696-1699, anche in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.36 ( e p.509) con la quale la Corte aveva annullato il provvedimento del riesame con il quale era stata confermata la misura cautelare, attribuendo una duplice valenza all'elemento oggettivo, proprio «per la gravità dei fatti e le specifiche modalità degli stessi» e per la personalità degli indagati desunta proprio dalla gravità e dalle modalità dei fatti»; vedi anche Cass. Pen. sez. V, 28 novembre 1999, n.374, Filippi, in *Cass. Pen.*, 1999, p.818

<sup>352</sup> M.MADDALENA-R.RICCIOTTI, *Commento alle nuove norme sulla custodia cautelare*, Ponte nuovo editrice, 1995, p. 72, secondo i quali non potrebbe ricomprendersi tra gli indici di pericolosità «aggiuntivi» rispetto a quelli derivanti dalle specifiche modalità e circostanze del fatto, condotte tenute «durante» il compimento del fatto per il quale si procede, o «singoli atti specifici» che connotano il delitto contestato, in quanto entrambi ricadono nella considerazione dell'elemento oggettivo della verifica; L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1171; in questo senso vedi Cass. Pen. sez. VI, 20 febbraio 2002, Frascheri, in *C.e.d.* 222242, dove si afferma che nel giudizio sulla personalità dell'imputato possono considerarsi anche le specifiche modalità e circostanze del

In senso contrario, invece, si muove un diverso indirizzo giurisprudenziale, il quale ritiene che al fine della configurabilità dell'esigenza di prevenzione speciale, possa desumersi correttamente la pericolosità dell'imputato «dalle modalità del fatto e dalla personalità dell'agente che in esse si manifesta», giungendo quindi a sostenere che l'elemento oggettivo della fattispecie cautelare possa costituire elemento utile anche ai fini del giudizio sulla personalità del soggetto, quale «elemento sintomatico della personalità dell'indagato o imputato» oltre che chiaramente ai fini della verifica in ordine al fatto-reato, e quindi escludendo che i «comportamento o atti concreti» debbano essere necessariamente estranei al fatto contestato <sup>353</sup>. Con motivazione esplicita, e per certi versi non priva di logicità, la giurisprudenza ha affermato su questo punto che è «non solo legittimo, ma addirittura doveroso trarre la natura della personalità proprio da quella condotta che ne può costituire la più immediata e genuina espressione», attribuendo all'elemento oggettivo della fattispecie un indiscusso spazio nella considerazione del profilo

---

fatto «sempre che dal contesto unitario della motivazione risultino fatti e comportamenti di diversa natura e di differente efficacia probatoria, che denotino situazioni relative oltre che alla personalità dell'autore anche alla gravità del fatto (...)»; vedi anche Cass. Pen. sez. IV, 1 aprile 2004, *Albanese*, in *C.e.d.* 229141

<sup>353</sup> In questo senso Cass. Pen. sez. I, 21 febbraio 1996, n. 277, *Esposito*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p.640, caso nel quale la Corte ha ritenuto corretta la motivazione del provvedimento nel quale la sussistenza del pericolo di reiterazione di delitti commessi con mezzi di violenza personale era stato dedotto dalla modalità di commissione del fatto, ritenuta «efferata»; Cass. Pen. sez. I, 1 febbraio 1996, n.6338, *Fiorenti*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p.640 dove si sostiene che le specifiche modalità e circostanze del fatto possono essere considerate, nella loro obiettività, come elementi sintomatici di una personalità proclive al compimento di atti di violenza, in quanto « (...)la norma non pone alcun divieto alla valutazione degli stessi comportamenti costitutivi del reato ai fini dell'indagine in questione»; vedi anche G.PETRACHI, *Alcune considerazioni sulla valenza da attribuire all'elemento oggettivo indicato dall'art.274 lett. c) c.p.p. ai fini della configurabilità del periculum libertatis*, in *Cass. Pen.*, 1998, III, p.1697; vedi anche Cass. Pen. sez. II, 23 aprile 1997, n.1924, *Anzuinelli*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.339 secondo la quale « (...) i comportamenti o atti concreti cui la norma si riferisce non debbano essere necessariamente precedenti o successivi al fatto-reato, ma possano anche essere stati posti in essere in occasione di quest'ultimo, sempre che non ineriscano all'economia dell'azione criminosa in sé», in relazione ad un caso in cui la pericolosità del soggetto era stata desunta dalle modalità con le quali era stata realizzata una rapina, mediante atti di violenza esulanti da quelli «necessari» ai fini della commissione del fatto

soggettivo <sup>354</sup>: nella pronuncia si è quindi ritenuto che, pur non disconoscendo che la stessa norma tiene espressamente distinti l'elemento oggettivo da quello soggettivo, i quali «congiuntamente e non alternativamente devono essere presi in considerazione» nella valutazione della sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori reati, questa interpretazione non comporti alcuna sovrapposizione di elementi sintomatici che potrebbe portare ad una violazione della previsione normativa <sup>355</sup>. A seguire questa opzione ermeneutica,

---

<sup>354</sup> Cass. Pen. sez. V, 2 agosto 1996, n.2975, *Serra*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 228; Cass. Pen. sez. VI, 30 ottobre 1998, n.2856, *Mocci*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 207; Cass. Pen. sez. VI, 21 dicembre 2001, n.45542, *Russo*, in *Cass. Pen.*, 2002, IV, p.3507; Cass. Pen. sez. II, 6 dicembre 1999, n.1677, *Marseglia*, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.216 (relativamente ad un caso di contestazione plurima nei confronti dell'imputato); Cass. Pen. sez. II, 7 febbraio 2000, *De core*, in *C.e.d.* 215403; Cass. Pen. sez. V, 11 dicembre 1990, n.5290, *Bencivelli*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.459; Cass. Pen. sez. fer., 21 luglio 1992, *P.M. in proc. Mussolino*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, p. 577; Cass. Pen. sez. V, 26 settembre 2002, n.35370, *Buonaiuto*, in *Guida al diritto*, 2002, n.48, p.84; Cass. Pen. sez. IV, 17 giugno 2004, n. 42326, *Sissoko e altri*, in *Guida al diritto*, 2004, n.49, p.92; Cass. Pen. sez. II, 28 gennaio 2004, *Arena*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 20, p.88; Cass. Pen. sez. I, 8 febbraio 2000, *Bianchi*, in *C.e.d.* 215337; Cass. Pen. sez. III, 16 giugno 2001, n.24586, *Patti*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p.623 nella quale si dichiara espressamente che «tra i comportamenti e gli atti concreti da valutare (...) non possono non rientrare anche le specifiche modalità e circostanze del fatto contestato», altrimenti si potrebbe «giungere all'assurda conclusione che gli elementi concreti dai quali desumere la personalità dell'imputato o indagato si ridurrebbero soltanto ai precedenti penali ovvero a comportamenti contemporanei o successivi al fatto contestato, cioè ad elementi dotati di un valore sintomatico necessariamente inferiore a quello riconoscibile al fatto medesimo», alla quale si rimanda sia per una ricostruzione degli indirizzi della Cassazione sul punto, sia per una ricostruzione della *voluntas legis* in relazione ai due parametri normativi; vedi ancora Cass. Pen. sez. II, 10 dicembre 1999, *Lanzafame*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 175; Cass. Pen. sez. III, 5 agosto 1999, *Bogdan*, in *C.e.d.* 214440; Cass. Pen. sez. VI, 17 febbraio 2005, *Genna*, in *C.e.d.* 231323; Cass. Pen. sez. V, 24 novembre 2005, *Filippelli*, in *C.e.d.* 231170; Cass. Pen. sez. I, 14 maggio 2003, n.25146, *Franchi*, in *Guida al diritto*, 2003, n.38, p.91; più recentemente Cass. Pen. sez. V, 16 novembre 2005, *Salucci*, in *C.e.d.* 233222, nonché Cass. Pen. sez. IV, 19 gennaio 2005, *Miranda*, in *C.e.d.* 231583; sostengono questa impostazione in dottrina G.SPANGHER- C.SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, p.68 per i quali dato il tenore letterale della norma e il rimando all'art. 133 sarebbe difficile confutare questa conclusione; F.TERRUSI, *Le misure personali di coercizione*, Torino, 2000, p.74, per il quale la prima delle soluzioni proposte non sarebbe imposta dal tenore letterale della norma, come invece si afferma tra i sostenitori di quella interpretazione

<sup>355</sup> Su questo punto vedi anche Cass. Pen. sez. IV, 14 gennaio 2005, n.11170, *Agosti*, in *Guida al diritto*, 2005, n.16, p.81; Cass. Pen. sez. IV, 17 giugno 2004, n.42329, *Berouki*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 48, p.92; Cass. Pen. sez. IV, 27 febbraio 1997, n. 3207, *Giantin*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.170 nella quale si afferma che «(...) la caratterizzazione oggettiva e soggettiva dei fatti-reato e delle modalità e circostanze di attuazione, oltre che essere indice della loro gravità (...) si riflettono inevitabilmente sulla personalità dell'indagato che in esse si manifesta e

perché la prognosi di pericolosità del soggetto possa considerarsi correttamente effettuata, il giudice dovrà dare rilievo sia a dati sintomatici della stessa di natura oggettiva, sia alla personalità dell'imputato, che deve essere desunta dai criteri oggettivi e dettagliati forniti dall'art. 133 c.p., fra i quali sono comprese, appunto, anche le modalità e la gravità del fatto costituente reato <sup>356</sup>, non dovendosi invece considerare «il tipo di reato o una sua ipotetica gravità», bensì «situazioni correlate con i fatti del procedimento ed inerenti ad elementi sintomatici della pericolosità del soggetto», anche al fine di evitare motivazioni non fondate sulla concretezza dei fatti ma su criteri generici, o addirittura automatici <sup>357</sup>. In relazione a questo secondo indirizzo, si è anche sostenuto criticamente che così procedendo è facile constatare come «venga sostanzialmente neutralizzato il doppio riferimento normativo» (profilo oggettivo e soggettivo richiesto dalla disposizione) con la conseguenza che il giudizio di prognosi che il giudice è chiamato ad effettuare verrebbe a fondarsi su «un unico dato,

---

costituisce la base per il giudizio prognostico circa il *periculum libertatis*»; Cass. Pen. sez. I, 18 gennaio 2001, *Martino*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p.291 nella quale, facendosi riferimento ad esigenze di coerenza sistematica (in particolar modo in relazione al giudizio sulla possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena) si afferma addirittura che «(...) i comportamenti o atti concreti da prendere in esame quali elementi rilevatori della personalità dell'imputato ben possono essere desunti anche dalle sole specifiche modalità e circostanze del fatto per cui si procede»

<sup>356</sup> Cass. Pen. sez. IV, 19 gennaio 2005, *Mirando*, in *C.e.d.* 231583; Cass. Pen. sez. III, 18 marzo 2004, *Ristia*, in *C.e.d.* 228882, nelle quali si sostiene che « (...) gli elementi apprezzabili (ai fini del giudizio sulla personalità) possono essere tratti anche dalle specifiche modalità e circostanze del fatto, considerate nella loro obiettività, giacché la valutazione negativa della personalità dell'indagato può desumersi dagli elementi tutti di cui all'art. 133 c.p. e la condotta tenuta in occasione del reato costituisce elemento specifico significativo per valutare la personalità dell'agente»;

<sup>357</sup> Cass. Pen. sez. III, 23 luglio 1996, n.2631, *Sinami*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 228; Cass. Pen. sez. V, 4 agosto 1999, n.2416, *Marchegiani*, in *Cass. Pen.*, 2000, IV, p.2683; Cass. Pen. sez. IV, 3 luglio 2007, *Cavallari*, in *C.e.d.* 237240; Cass. Pen. sez. III, 29 marzo 2000, *Penna*, in *C.e.d.* 216304; sulla possibilità di tenere in considerazione le modalità e le circostanze dl fatto anche ai fini della individuazione di caratteristiche negative della personalità dell'imputato, in dottrina vedi C.TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, p.384;

sovente limitato nella sua capacità dimostrativa per genericità o per carenza di prospettive concrete»<sup>358</sup>.

Inoltre si è anche sottolineato che per rendere «effettivamente autonomi i due giudizi» (sul fatto e sulla personalità), al di là degli interventi normativi che sembrano aver portato – contrariamente agli intenti – maggiori imprecisioni, e per evitare «valutazioni polivalenti dello stesso elemento» (dell'elemento oggettivo della fattispecie cautelare) che potrebbero rendere legittima la sua plurima utilizzazione, sarebbe stata sufficiente un'aggiunta che fosse stata valida ad escludere che i comportamenti e gli atti concreti utilizzabili al fine del giudizio sulla personalità dell'imputato, potessero essere gli stessi fatti oggetto del procedimento, ovvero circostanze da tali fatti desunte: solo procedendo in questa direzione il pericolo che rileva ai fini dell'art. 274, comma 1, lett. c) «avrebbe potuto essere desunto, congiuntamente ma con autonoma valutazione, sia dalle specifiche modalità e circostanze del fatto, sia dalla personalità dell'indagato»<sup>359</sup>.

### **3.2.1 La personalità della persona sottoposta alle indagini o imputata. Il ruolo dei precedenti penali.**

La personalità dell'indagato o dell'imputato, come detto, rappresenta uno dei profili – quello di natura soggettiva – che il giudice è chiamato a prendere in considerazione, e a valutare, al fine di individuare indici dai quali desumere la sussistenza nel caso di specie del concreto pericolo che lo stesso soggetto possa determinarsi alla commissione di reati “ulteriori” rispetto a quello per il quale si procede: nel caso poi che tale verifica dia esito positivo, potrà

---

<sup>358</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p.74, il quale ritiene che ciò sia dovuto principalmente all'ambiguità normativa che caratterizza la disposizione, poco idonea a segnare un discrimine netto tra la concreta probabilità e la mera possibilità nella prognosi di commissione di altri reati

<sup>359</sup> G.SPANGHER-C.SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, pp.68.69



ritenersi sussistente l'esigenza di prevenzione speciale e quindi potrà legittimarsi l'adozione della misura cautelare (ferma restando la necessità di accertamento degli altri presupposti)<sup>360</sup>. Su questo profilo di valutazione il legislatore ha ritenuto di dover precisare, rispetto alla formulazione originaria della norma, i parametri ai quali il giudice deve ancorare la sua prognosi (il che è avvenuto con la modifica del 1995): questi infatti dovrà guardare ai «comportamenti o atti concreti», nonché ai «precedenti penali» del soggetto. In dottrina si è sostenuto che la modifica normativa, stante il fatto che già precedentemente la giurisprudenza utilizzava i parametri indicati dall'art.133 c.p.<sup>361</sup>, abbia voluto evitare che la valutazione di questo elemento si risolvesse in un «giudizio meramente ipotetico», tale da potersi applicare a qualsiasi imputato, per addivenire invece ad una prognosi di pericolosità che potesse trovare fondamento in elementi sintomatici e direttamente riconducibili al soggetto, escludendo la considerazione di situazioni ad esso non imputabili, come il ricorso a circostanze di carattere ambientale<sup>362</sup>: in altri termini il giudizio di pericolosità deve essere riferito specificamente al soggetto nei cui confronti si procede<sup>363</sup>. Tuttavia, al di là della formulazione di un giudizio sull'effettivo raggiungimento degli scopi legislativi, diverse difficoltà, già sul piano interpretativo, hanno riguardato proprio i nuovi elementi di valutazione introdotti nel 1995 in relazione alla personalità dell'imputato.

Da un lato, in relazione ai «comportamenti o atti concreti», si è da subito posto il problema di quale dovesse essere il loro contenuto, in quanto non è chiaro sotto quale profilo potrebbero distinguersi i

---

<sup>360</sup> G.ASCIONE-D. DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 270, gli autori sottolineano l'importanza della specifica previsione normativa della necessaria valutazione della personalità, sulla base dei parametri indicati dalla norma, a fronte della precedente previsione (art.254, comma 2 c.p.p.) che faceva riferimento solo alle «qualità morali della persona»

<sup>361</sup> Cass. Pen. sez. III, 29 marzo 2000, *Penna*, in *C.e.d.* 216304

<sup>362</sup> In questo senso G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995

<sup>363</sup> C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa, Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995, p. 48; su questi punti si rinvia al § 2.4

comportamenti dagli atti, senza considerare che è difficile immaginare atti e comportamenti che non siano concreti <sup>364</sup>, e se conseguentemente questo parametro potesse effettivamente considerarsi come distinto da quelle specifiche modalità e circostanze che riguardano il fatto di reato per il quale si procede o se con queste fosse coincidente : questione che non ha trovato soluzione univoca nemmeno nella prassi giurisprudenziale, laddove si sono registrati, come visto, orientamenti differenti.

Dall'altro lato la norma fa riferimento ai «precedenti penali», parametro all'apparenza più semplice da declinare nel caso concreto: può ammettersi infatti che la presenza di precedenti pronunce di condanna sia utile ai fini della prognosi di pericolo di reiterazione del reato, trattandosi di «eventi passati significativi e dimostrativi» di atti penalmente rilevanti già accertati in sede processuale, che insieme con l'ipotesi di reato per il quale si sta procedendo, possono permettere una valutazione prognostica sul futuro comportamento dell'imputato <sup>365</sup>. E' stato anche rilevato che, in maniera del tutto coerente, così come precedenti condanne nei confronti del soggetto in relazione al quale deve compiersi il giudizio prognostico di pericolosità possono essere considerate ai fini di un esito sfavorevole allo stesso, riconoscendone la pericolosità, allo stesso modo dovrebbe concludersi che nei casi di «mancanza di precedenti condanne» l'imputato dovrebbe beneficiarne in punto di valutazione della

---

<sup>364</sup> E.MARZADURI, *Commento all'art.3 della L. 8/8/1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p.612, il quale sottolinea trattarsi di una «scelta lessicale non felicissima»; L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1171, rileva che non possa effettivamente distinguersi tra atti e comportamenti

<sup>365</sup> Cass. Pen. ,sez. fer., 1 agosto 1995, *Masi*, in *Cass. Pen.*, 1996, II, p.1493; nel senso invece della insufficienza dei soli precedenti penali a fondare una «elevata probabilità» di reiterazione del reato vedi G.SPANGHER-C.SANTORIELLO, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, p.67;secondo A.A.DALIA-M.FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006, p.284 la disposizione normativa evidenzia una «chiara contraddizione», in quanto il giudizio sul pericolo di commissione dei reati può essere desunto da atti o comportamenti concreti, ma anche dai precedenti penali, finendo in questo modo per fondarsi su elementi che «non hanno alcuna diretta attinenza con i fatti che formano oggetto dell'accertamento»

personalità: sarebbe in effetti una considerazione generalmente valida, anche se non sempre riscontrabile nel caso concreto, in quanto la pericolosità potrebbe essere sussistente anche in questi casi, derivando da altri elementi sintomatici che possono costituire oggetto di analisi giudiziale <sup>366</sup>. Nei casi in cui l'imputato sia incensurato la giurisprudenza ha comunque precisato che « (...) se lo stato di incensuratezza (...) di per sé non dimostra l'assenza di pericolosità, tuttavia il giudizio negativo sulla personalità del soggetto, deve essere il risultato di un apprezzamento non fondato sulla sola gravità del fatto, ma basato anche su comportamenti o atti concreti al di là del fatto stesso anche se con esso collegabili» <sup>367</sup>.

Prima dell'intervento legislativo, in assenza dell'esplicito riferimento ai soli precedenti penali, si era presentata anche una ulteriore questione: la possibilità di incidenza sul giudizio relativo alla personalità, ai fini del riconoscimento del pericolo, di «procedimenti penali già instaurati ma non ancora definiti». Anche sulla questione dei procedimenti pendenti le soluzioni offerte dalla giurisprudenza erano differenti. Si era infatti sostenuto, secondo un primo indirizzo, che nulla impediva di tener conto oltre che delle eventuali condanne divenute irrevocabili, anche dei carichi pendenti <sup>368</sup>, così come si è

---

<sup>366</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p.74; Cass. Pen. sez. III, 22 settembre 2001, n.34444, *Mangia e altro*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 81 « dalla sola mancanza di precedenti penali non può automaticamente desumersi l'assenza di pericolosità dell'imputato e, quindi, la non configurabilità dell'esigenza cautelare di cui all'art. 274, comma 1 lett. c) c.p.p.» in quanto si deve invece ritenere che «tale esigenza possa essere desunta anche da uno solo dei due parametri di valutazione previsti dalla suindicata disposizione normativa e cioè dalla specifica e concreta gravità del fatto ovvero dai precedenti penali e comportamentali del soggetto, dovendosi soltanto escludere che il giudice possa assumere come sintomo di pericolosità il tipo di reato contestato»; Cass. Pen. sez. I, 19 settembre 2002, n.35219, *Laino e altri*, in *Guida al diritto*, 2003, n.3, p. 77; Cass. Pen. sez. I, 14 maggio 2003, n. 25146, *Franchi*, in *Guida al diritto*, 2003, n.38, p.91; Cass. Pen. sez. IV, 10 giugno 2003, n.34912, *Ndreu*, in *Guida al diritto*, 2003, n.44, p.81

<sup>367</sup> Cass. Pen. sez. V, 20 giugno 2003, n. 32022, *Bressi*, in *Guida al diritto*, 2003, n.47, p.76

<sup>368</sup> Cass. Pen. sez. I, 27 marzo 1991, *Trovato*, in *Cass. Pen.*, 1992, I, p.97; Cass. Pen. sez. VI, 26 ottobre 1990, *Crippa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 459 nella quale la Corte ha ritenuto che ai fini della valutazione della personalità il giudice deve avere riguardo agli elementi dell'art.133, che nel comma 2 lett. a) contempla i

affermato che « (...) l'esame della personalità dell'imputato non deve essere riferita soltanto ai precedenti, desumibili dal certificato penale, bensì anche da altri elementi (nella specie un carico pendente) atti a determinare un apprezzamento, parimenti utile, al fine di ritenere la sussistenza del concreto pericolo di reiterazione di reati della stessa specie, alla luce di tutte le modalità del fatto concreto» <sup>369</sup>.

Altro indirizzo giurisprudenziale, in relazione alla considerazione dei precedenti giudiziari, aveva ritenuto che la «mera pendenza delle indagini» non potesse assumere alcun significato sul piano della prova, «neanche al fine di una prognosi di pericolosità legittimante l'applicazione di misura cautelare in un distinto procedimento per reati della stessa specie», e questo sulla base dell'ovvia constatazione che l'intera fase delle indagini preliminari è volta a consentire «le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale», quindi anche su fatti e circostanze a favore dell'indagato, ma soprattutto perché lo stesso esercizio successivo dell'azione penale deve essere «sottoposto a controllo giurisdizionale» <sup>370</sup>.

La questione legata alla possibilità di tenere in considerazione i precedenti giudiziari si è riproposta anche a seguito della modifica normativa. Nonostante l'attuale previsione, che considera solo i precedenti penali, la giurisprudenza ha ritenuto che « (...) tra gli elementi rilevanti ai fini della valutazione della sussistenza del pericolo di reiterazione della condotta criminosa (...) possono essere presi in considerazione, oltre che i precedenti penali risultanti dal certificato penale, anche i procedimenti pendenti a carico dell'indagato» <sup>371</sup>,

---

precedenti giudiziari; Cass. Pen. sez. I, 15 marzo 1990, *Palma*, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p.203

<sup>369</sup> Cass. Pen. sez. I, 12 agosto 1993, *Longo*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p. 2493, anche in *Giust. Pen.*, 1994, III, p.72; più recentemente vedi Cass. Pen. sez. VI, 25 agosto 2008, n.33873, *Magnante*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p.536

<sup>370</sup> Cass. Pen. sez. VI, 19 maggio 1992, *Figura*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.2891;

<sup>371</sup> Cass. Pen. sez. II, 13 febbraio 1997, n.200, *Terranova*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.509, nella quale la Corte ha ritenuto legittima la valutazione negativa della personalità dell'indagato in virtù dei numerosi «carichi pendenti» esistenti nei confronti dello stesso per reati analoghi a quello contestato nella misura cautelare;

precisando, in altre pronunce, che «i precedenti penali di cui il giudice può tener conto nel valutare la sussistenza dell'esigenza cautelare (dell'art. 274, lett.c) non necessariamente devono essere relativi a reati della stessa specie di quello o di quelli per i quali si procede»<sup>372</sup>. In alcuni casi si è ritenuto che i procedimenti pendenti a carico dell'indagato potrebbero comunque costituire oggetto della valutazione della personalità da parte del giudice, in quanto sarebbero da ricomprendere nei comportamenti o atti concreti: si è sostenuto che così procedendo non verrebbe a profilarsi nessun contrasto con il principio di non colpevolezza (art. 27 Cost.): questo infatti non vieta di trarre elementi di valutazione sulla personalità dell'imputato dal fatto obiettivo della pendenza, a suo carico, di altri procedimenti penali, ma solo di assumere come base della valutazione una colpevolezza non ancora dimostrata<sup>373</sup>.

Si è anche legittimata la possibilità che il giudice, nell'effettuare la prognosi di pericolosità dell'imputato, possa avere riguardo anche di «fatti criminosi non perseguibili per mancata querela», in quanto in questi casi, pur non essendo stato instaurato nemmeno il procedimento, si sottolinea che «permane la illiceità penale del fatto» per il quale la querela poteva essere proposta, in modo particolare nei casi in cui le ipotesi delittuose erano caratterizzate da «eventi simili,

---

Cass. Pen. sez. III, 23 marzo 2000, *Borselli*, in *C.e.d.* 222242, nella quale la Corte ha ritenuto che possano considerarsi anche i «fatti criminosi in corso di accertamento», specificando al tempo stesso che in questi casi quest'elemento «non può essere utilizzato quale esclusivo argomento su cui fondare l'esigenza di cui all'art. 274, lett. c)»; Cass. Pen. sez. III, 3 dicembre 2003, n.306, *Scotti*, in *Guida al diritto*, 2004, n.17, p.95;

<sup>372</sup> Cass. Pen. sez. IV, 14 settembre 1996, n. 1242, *Camporotondo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.371

<sup>373</sup> Cass. Pen. sez. I, 30 luglio 1997, n. 4878, *Castelluccia*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p.213; Cass. Pen. sez. II, 23 dicembre 1997, n. 3809, *Scuotto*, in *Riv. pen.*, 1998, I, p.529; Cass. Pen. sez. V, 19 ottobre 2004, n. 44882, *Scettro*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 49, p.92, nella quale si giustifica tale conclusione sulla base del fatto che il legislatore ha previsto il carico pendente o precedente giudiziario nell'art. 133, comma 2, n.2 c.p. ai fini della prognosi sulla capacità a delinquere; Cass. Pen., 21 novembre 1997, *Accardo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.815;

ripetute nel tempo ed assai ravvicinate» alla commissione del fatto per il quale si procede <sup>374</sup>.

Sempre sul punto della valutazione della personalità, alcune pronunce hanno considerato anche il «comportamento processuale tenuto dal soggetto», in particolar modo affermando che «il pericolo di commissione di nuovi reati non può desumersi dal silenzio della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato»: in altri termini l'esercizio della facoltà di non rispondere in sede di interrogatorio, o più in generale quella di non collaborare con l'autorità giudiziaria o con gli organi inquirenti, può impedire l'accesso ai benefici derivanti dalla collaborazione, ma non può farsene derivare la sussistenza dell'esigenza cautelare di prevenzione speciale <sup>375</sup>. Diverse sono state le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in relazione alla valutazione della condotta processuale dei «collaboratori di giustizia», sempre sul punto della verifica nel caso concreto della sussistenza dell'esigenza cautelare di prevenzione speciale <sup>376</sup>.

Infine una costante giurisprudenza ha ritenuto che il giudice, dovendo formulare un giudizio prognostico sul pericolo di una futura

---

<sup>374</sup> Cass. Pen. sez. III, 31 luglio 1998, n. 1904, *Inchingolo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p.208

<sup>375</sup> Cass. Pen. sez. II, 27 marzo 1996, *Papagna*, in *Foro it.*, 1997, II, p.176; vedi anche Cass. Pen. sez. III, 13 ottobre 1993, *P.m. in c. Cusani*, in *Foro it.*, 1994, II, p.142; Cass. Pen. sez. VI, 3 febbraio 2005, *Ben Hassine*, in *C.e.d.* 230995 fattispecie di illecita detenzione di sostanze stupefacenti, nella quale l'imputato aveva rifiutato di collaborare, nell'interrogatorio di garanzia, non rivelando le proprie fonti di approvvigionamento. In dottrina A.NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p.753

<sup>376</sup> In tema di collaborazione, la giurisprudenza ha affermato anche che l'ammissione da parte dell'imputato ad un programma di protezione, in quanto collaboratore di giustizia, non necessariamente ne fa conseguire un'attenuazione, o addirittura l'esclusione, delle esigenze cautelari, in questo senso Cass. Pen. sez. I, 20 gennaio 1997, *Maiuri*, in *C.e.d.* 206843, o anche Cass. Pen. , 8 aprile 1997, *Maiale*, in *Cass. Pen.* 1998, p.1163; in particolare, al fine di ritenere la insussistenza del pericolo di reiterazione del reato, si è sostenuta la necessità di verificare che « (...) il comportamento collaborativo sia garanzia, nella prospettiva della diversa condizione di vita intrapresa, di una scelta radicale di rimozione di qualsivoglia legame con la criminalità organizzata e, in particolare, con la precedente attività delinquenziale», così Cass. Pen. sez. II, 12 gennaio 2006, *Cerefeda*, in *C.e.d.* 235377, nonché Cass. Pen. sez. V, 8 ottobre 2003, *Seidita*, in *C.e.d.* 227858. Per alcune considerazioni sul tema della valutazione delle esigenze cautelari in relazione ai collaboratori di giustizia si rinvia a C.PASQUARIELLO, *La vicenda cautelare. Difesa sociale e garanzie nei «disorientamenti» giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 1995, pp. 168 ss.

commissione di reati, possa avere riguardo anche «all'ambiente sociale, economico e culturale» in cui il soggetto nei confronti del quale si procede opera o ha operato, quando quell'elemento possa essere considerato come indice sintomatico significativo della concreta probabilità che il soggetto tornerà a determinarsi al reato, considerato il particolare contesto, criminale, di relazioni nel quale il soggetto ha commesso il reato (soprattutto in relazione ai delitti di corruzione)<sup>377</sup>.

### **3.3 I delitti tipizzati. In particolare: i delitti della stessa specie di quello per il quale si procede nella giurisprudenza di legittimità**

Il giudice, come anticipato, oltre a valutare la modalità e le circostanze del fatto e ad effettuare un giudizio prognostico sulla personalità dell'imputato, dovrà ritenere che nel caso di specie il pericolo concreto sia attinente alla commissione o alla reiterazione di determinati delitti che la disposizione normativa prevede, ed in relazione ai quali si è già detto come questi valgono a configurare una pericolosità specifica (oggetto della valutazione) e per i quali è stato determinante quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale (sent. 1 del 1980) essendo tutte le (categorie di) fattispecie accomunate dal particolare «allarme sociale» che può destare anche solo il pericolo che queste si realizzino. Il pericolo quindi deve coinvolgere specifiche categorie di delitti, alcune delle quali sono connotate intrinsecamente, e oggettivamente, da un particolare disvalore sociale e possono comportare un significativo allarme sociale

---

<sup>377</sup> Cass. Pen. sez. VI, 25 gennaio 1993, *Damiani*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p.2491, in relazione ad un caso di pericolo di commissione di ulteriori reati di corruzione da parte dell'imputato, stante l'accertata esistenza di un sistema di corruzione e di tangenti fra soggetti che operavano sul piano politico ed economico; Cass. Pen. sez. VI, 4 febbraio 1993, *Trotta*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p.2493; Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.887, anche in *Foro it.*, 1993, II, p.125 nella quale veniva valorizzato il «degrado legale e morale di un certo ambiente» nel quale l'imputato operava

(delitti commessi con l'uso di armi o altri mezzi di violenza personale; delitti contro l'ordine costituzionale; delitti di criminalità organizzata)<sup>378</sup>.

Il primo gruppo di reati è dato dai «gravi delitti commessi con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale», all'interno del quale rientrano i «delitti contro la vita o la incolumità personale» in relazione ai quali è però necessario che il relativo pericolo di commissione sia riferibile all'utilizzo di «qualsiasi tipo di armi ovvero altri mezzi di violenza personale» idonei ad agevolarne la commissione: si è anche osservato che la violenza richiamata dalla norma non deve necessariamente porsi come elemento costitutivo della fattispecie sostanziale, essendo rilevante al fine dell'integrazione della norma processuale la «disponibilità del mezzo o dell'arma», nonché «il loro uso anche prescindendo dalla loro disponibilità»<sup>379</sup>. Ma anche sulla base di tali specificazioni non è sembrato potersi addivenire ad un discrimine certo in relazione al requisito della «gravità» del delitto a cui fa riferimento la norma: in altri termini non è chiaro quando tali delitti accedano a tale soglia, motivo per il quale anche su questo aspetto appare evidente il ruolo decisivo che, nel caso concreto, verrà ad assumere la valutazione del giudice, con i conseguenti problemi che potrebbero presentarsi di fronte ad interpretazioni soggettive, non ancorate ad un dato obiettivo che, come detto, la norma non offre. L'ampia discrezionalità riscontrabile nel caso concreto potrebbe vanificare l'esigenza di tassatività e determinatezza richiesta dall'art.

---

<sup>378</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p. 75-76, l'autore rileva che anche su questo fronte la disposizione pone problemi derivanti dalla «genericità» della formulazione normativa; sarebbe stato più opportuno individuare in modo specifico le singole fattispecie al fine di «evitare il pericolo più grande: la generalizzazione»

<sup>379</sup> C.TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, p. 384, il quale sottolinea che in realtà non deve necessariamente trattarsi di delitti contro la vita e l'incolumità individuale realizzabili con armi o altri mezzi, ma che «è sufficiente che si dia prognosi positiva sulla loro utilizzabilità al fine di violenza personale, prescindendo dal titolo di reato (...)»



13, comma 2 della Costituzione, con successive ricadute sul piano della parità (o meglio, disparità) di trattamento<sup>380</sup>.

Censure analoghe possono essere mosse anche avuto riguardo alla seconda categoria di reati previsti dalla disposizione: « (gravi delitti) diretti contro l'ordine costituzionale». Anche questi devono essere connotati dal requisito della «gravità» come per il primo gruppo, ma l'ambito operativo di quella categoria sembrerebbe essere più ampio, in quanto al fine di configurare il pericolo di commissione di tali reati sarebbe sufficiente che questi siano anche semplicemente «diretti» contro l'ordine costituzionale: precisazione che può portare ad integrare la fattispecie anche nel caso di tentativo di commissione degli stessi. E' evidente però che anche qui il profilo di maggiore difficoltà è da individuarsi nella possibilità di identificare a quali delitti la norma faccia riferimento<sup>381</sup>. Si è sostenuto che sarebbe possibile procedere ad una loro identificazione in riferimento ai «delitti contro la personalità interna ed internazionale dello Stato», rispetto ai quali è possibile concepire il pericolo per l'ordine democratico o costituzionale: vi rientrerebbero i reati che attentano a valori essenziali come «la forma dello stato, la pacifica convivenza implicante la risoluzione dei conflitti secondo le forme democratiche, i valori inviolabili della personalità dell'individuo in

---

<sup>380</sup> C.TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, p. 384; per questo motivo si è sottolineata la necessità di una previsione dettagliata delle singole fattispecie, vedi E.MARZADURI, *Commento all'art.3 della L. 8/8/1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p. 611; per alcune pronunce sui delitti in commento vedi Cass. Pen. sez. I, 19 aprile 1996, n. 80, *D'Ugo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 801; Cass. Pen. sez. I, 19 aprile 1996, n.81, *Margagliotta*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 801

<sup>381</sup> Nella pronuncia costituzionale n.1 del 1980, la Corte aveva fatto riferimento ai delitti «diretti contro la sicurezza collettiva»: la distinzione con l'attuale formula «delitti diretti contro l'ordine costituzionale» non sarebbe solo terminologica come sostiene G.AMATO, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, in quanto nella prima potrebbero rientrare ipotesi, come quella dei delitti contro la pubblica incolumità, che non rientrano nella seconda; l'autore ritiene però che tali fattispecie non ricomprese nell'attuale formulazione potrebbero rientrare nella categoria dei «delitti commessi con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale», mediante un'interpretazione estensiva del concetto di «violenza contro la persona» da intendersi come qualsiasi mezzo diretto ad arrecare nocumento alla vita o all'integrità fisica della persona, o di un numero indeterminato di individui

quanto tale ed in quanto elemento della comunità» <sup>382</sup>. Tale conclusione sarebbe confermata dal fatto che anche la giurisprudenza costituzionale ha costruito un parametro di riferimento per la loro individuazione che è quello della «lesione delle condizioni di base della sicurezza collettiva» <sup>383</sup>. Ma anche alla luce di queste precisazioni, come anticipato, non sembra addivenirsi ad una soluzione che possa considerarsi chiara e determinata: la norma indica il bene giuridico da tutelare, ma si limita poi a porre una delimitazione soltanto soggettiva, nel senso che è sufficiente il perseguimento (che il delitto sia *diretto*) del fine di pregiudizio dell'ordine costituzionale affinché un grave delitto possa giustificare misure incidenti sulla libertà personale. In definitiva, l'individuazione delle singole fattispecie valide ad integrare questa categoria sembrerebbero, anche in questo caso, rimesse alla valutazione discrezionale dell'autorità giudiziaria che procede nel caso di specie, con tutte le incertezze che potrebbero derivare dall'ambito applicativo <sup>384</sup>.

L'esigenza di tutela della collettività giustifica la previsione di un'altra categoria di reati, rispetto ai quali è dubbio se, anche per questi sia necessario che vengano a configurarsi come «gravi» stante la formulazione letterale della norma, ma che al tempo stesso sono idonei a configurare un pericolo tale da giustificare anche misure coercitive: si tratta dei «delitti di criminalità organizzata» <sup>385</sup>. A fronte, anche qui, di una locuzione che individua una categoria di possibili reati anziché singole fattispecie, si sostiene che rientrano in questa ipotesi i reati

---

<sup>382</sup> In questo senso anche G.AMATO, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, p.35, per il quale in questa categoria sono da annoverarsi i «delitti contro la personalità dello stato» di cui al titolo I del codice penale

<sup>383</sup> Corte Cost., sentenza 23 gennaio 1980 n. 1, in *Giur. Cost.*, 1980, pp. 3 ss.

<sup>384</sup> Anche in relazione ai gravi delitti diretti contro l'ordine costituzionale può farsi riferimento a C.TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, pp.384-386

<sup>385</sup> Può anche ricordarsi l'osservazione (documentata dai lavori preparatori) della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze che, durante i lavori preparatori per il nuovo codice di procedura penale, aveva suggerito di sostituire l'indicazione, ritenuta «troppo generica» dei delitti di criminalità organizzata, con formule di «garantita capacità tipizzatrice», come faceva il codice del 1930 nell'art. 165 ter

associativi nonché quelli comuni purché caratterizzati dall'essere funzionali ai disegni di una organizzazione criminosa, la quale abbia deliberato sulla commissione degli stessi <sup>386</sup>. Si è anche ritenuto che di organizzazione criminosa possa parlarsi anche quando si tratti di situazioni di semplice partecipazione al reato, non dovendosi necessariamente integrare tutti gli estremi del reato associativo, dal momento che non è il rilevante numero dei coautori a poter segnare un discrimine rispetto a quest'ultimo <sup>387</sup>.

La categoria di reati, considerati dalla fattispecie cautelare, che pone i maggiori problemi interpretativi, oltre alle (ormai consuete) censure in punto di determinatezza e tassatività, è rappresentata però dai «delitti della stessa specie di quello per il quale si procede», per i quali la soglia di rilevanza ai fini della integrazione della disposizione processuale è segnata, per l'appunto, dall'appartenenza alla «stessa specie» come categoria di riferimento: in questi limiti, il pericolo che il soggetto commetta tali delitti può giustificare misure coercitive in virtù di esigenze di tutela della collettività. Il primo dubbio interpretativo

---

<sup>386</sup> In questo senso G.MELILLO, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, 1997, III, pp.3512 ss., al quale si rinvia per una ricostruzione della concetto di «delitti di criminalità organizzata» secondo la giurisprudenza di legittimità, la giurisprudenza costituzionale, nonché mediante l'evoluzione normativa; vedi anche *Cass. Pen. sez. VI*, 16 maggio 1997, *Pacini Battaglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p.344, con nota di CARMONA, per un'analisi dell'evoluzione normativa della nozione; GIUS. AMATO, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, p.35, il quale ritiene infatti che in questa categoria rientrino non solo i delitti tipicamente associativi ma «anche quelli strumentali, purché ricollegati oggettivamente e soggettivamente all'associazione criminosa»; C.TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, p. 386, il quale valorizza la formula utilizzata «delitti di criminalità organizzata», anziché ai delitti associativi, ritenendo in questo modo che possano assumere rilevanza anche delitti specifici commessi da un determinato soggetto nell'ambito però del programma dell'organizzazione, dalla quale sono stati deliberati. Sarebbe da escludere solo i delitti riconducibili alla volontà esclusiva del singolo; vedi anche G.ASCIONE-D. DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, p.273, per i quali le fattispecie principali sarebbero quelle previste negli artt. 416 e 416 bis c.p., cui si aggiungono reati associativi finalizzati alla commissione di determinate attività delittuose, come in materia di stupefacenti.

<sup>387</sup> Per alcune decisioni inerenti ai reati di criminalità organizzata vedi *Cass. Pen. sez. I*, 14 febbraio 1990, *Denz*, in *Riv. pen.*, 1990, p.1072; *Cass. Pen. sez. VI*, 5 agosto 1992, n.2921, *Papi*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.153; *Cass. Pen. sez. VI*, 10 luglio 2008, n.28780, *Nasca*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p.535

riguarda proprio il significato da attribuire al riferimento alla «specie» cui deve appartenere il delitto di cui si teme la commissione da parte dell'imputato. Alcuni hanno sostenuto che anche sulla base dell'attuale formulazione si possa far riferimento al parametro normativo dell'art. 101 del c.p.<sup>388</sup> che considera i delitti della stessa «indole»<sup>389</sup>, come d'altronde era previsto nel progetto definitivo al nuovo codice di procedura penale (e poi sostituito solo in relazione alle riserve mosse dalla Commissione Parlamentare): in altri termini il mutamento della terminologia utilizzata non sarebbe valso a modificare anche il profilo sostanziale del riferimento<sup>390</sup>. Si ritiene quindi che sarebbero da ricomprendere in questa categoria non solo i reati che «violano una stessa disposizione di legge», ma anche quelli che, anche se previsti da disposizioni incriminatrici diverse, «per la *natura dei fatti* che li costituiscono o dei *motivi* che li determinarono, presentano nei casi concreti, *caratteri fondamentali comuni*»; inoltre nella valutazione sulla coincidenza «di specie» tra i diversi delitti si dovrebbe tenere conto non solo della struttura oggettiva delle singole fattispecie sostanziali, ma anche delle condizioni ambientali e relative alla persona nelle quali si sono concretizzate le condotte penalmente rilevanti.

Altra parte della dottrina ritiene invece che il rinvio alla stessa specie sarebbe indicativo di un concetto «diverso e più ristretto» rispetto a quello della stessa indole: tale conclusione viene

---

<sup>388</sup> Art. 101 c.p. «Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti caratteri fondamentali comuni»

<sup>389</sup> Per un' rassegna di ipotesi dei reati della stessa indole vedi F.BRICOLA-G.ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, parte generale, Torino, 1984, pp.884 ss.

<sup>390</sup> Propende per questa soluzione GIUS. AMATO, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, p. 36; vedi Cass. Pen. sez. III, 5 luglio 2001, *Vasiliu*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p.338 per la quale «la nozione di reati della stessa specie (...) va considerata equivalente a quella di reati della stessa indole, prevista dall'art. 101 c.p., per cui anche in materia cautelare deve trovare applicazione la regola stabilita dall'art. 101 c.p. (...)»

argomentata sostenendo che da una parte fare riferimento alla identità del bene giuridico protetto potrebbe portare ad interpretazioni eccessivamente ampie, mentre dall'altra intendere il parametro normativo come richiamante solo le ipotesi di coincidenza del *nomen iuris* rischierebbe invece di restringere eccessivamente la portata della norma, in quanto il giudice non potrebbe addivenire ad un giudizio di prognosi di recidiva tanto preciso, ma anche perché la «specie» del reato non sarebbe coincidente con il «titolo» dello stesso : sarebbe più corretto fare riferimento ad un criterio intermedio che sia relativo a categorie omologhe di reati <sup>391</sup>.

Anche su questo aspetto della fattispecie cautelare particolare attenzione merita il risvolto applicativo, cercando di fare luce sui criteri interpretativi forniti dalla giurisprudenza. Secondo il giudice di legittimità il concetto di «delitti della stessa specie» non richiede che vi sia identità assoluta tra il reato per il quale si procede e quello di cui si teme vi sia pericolo di commissione da parte dell'imputato, ma che questi presentino «fondamentali caratteri di omogeneità» <sup>392</sup>, o anche che

---

<sup>391</sup> Questa diversa interpretazione è sostenuta da G.CONTI-A.MACCHIA, *Il nuovo processo penale, lineamenti della riforma*, Roma, 1990, pp. 100 ss.; A.NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007, p. 758, per il quale il riferimento sarebbe ai soli reati che hanno lo «stesso titolo di quello per il quale si procede» o «lesivi della stessa categoria di interessi o valori» o «che abbiano caratteri fondamentali di omogeneità o di analogia»; M.CHIAVARIO, *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1998, vol. III, pp.59 ss.; A.CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995, p. 238; vedi anche C.BERETTA, *Sui rapporti tra irrevocabilità dei provvedimenti di custodia cautelare e diritto alla loro revoca e sulla individuazione dei reati della stessa specie*, in *Cass. Pen.* 1993, III, pp. 2576-2577; vedi anche *Cass. Pen. sez. fer.*, 18 agosto 1992, *Dini*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.882 dove si afferma che per delitti della stessa specie non possa richiamarsi la coincidenza con i delitti della stessa indole, poiché «intenzionalmente sostituendola, il legislatore ha manifestato di volersi staccare dal relativo concetto, marcando l'esigenza di una maggiore affinità tra le fattispecie da comparare nella prognosi di reiterazione»

<sup>392</sup> In questo senso *Cass. Pen. sez. V*, 9 aprile 1991, *Talarico*, in *Giur. it.*, 1992, II, pp.76 ss. con nota di D.CENCI, *Informazione di garanzia, misure interdittive e pericolosità sociale dell'imputato*, il quale ritiene che i «delitti della stessa specie» coincidano con i «delitti della stessa indole» (art. 101 c.p.); *Cass. Pen. sez. I*, 21 dicembre 1993, *Moneti*, in *Cass. Pen.*, 1995, II, p.2224, nella quale si legge che una volta che il giudice abbia ritenuto sussistente il pericolo di commissione di reati della stessa specie di quello per il quale si procede, «non ha necessità di dimostrare anche che l'alta probabilità di reiterazione nell'illecito riguarda fatti suscettibili di avere la stessa qualificazione giuridica di quelli per cui si conducono le indagini»

«(...) non è necessaria una similarità assoluta» quanto «l'analogia degli elementi strutturali della fattispecie da considerare di volta in volta» <sup>393</sup>. Al fine di dare un contenuto alla locuzione «delitti della stessa specie» la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che con essa si intende fare riferimento ai «delitti che offendono lo stesso bene giuridico», anche se nel caso concreto non vi sia coincidenza di collocazione nello stesso titolo del codice, o nei testi delle leggi <sup>394</sup>. Ed infatti, seguendo questa interpretazione in altre pronunce si è affermato che «sarebbe contrario al sistema ritenere che l'espressione *stessa specie* sia equivalente a *stessa norma incriminatrice*, poiché laddove il legislatore ha inteso esigere una verifica d'identità tra disposizioni lo ha esplicitato»: si è ritenuto quindi che l'unico parametro di riferimento possa essere la «natura del titolo di reato» <sup>395</sup>. Per titolo di reato, inoltre, non deve intendersi il titolo del codice, in quanto questo può

<sup>393</sup> Cass. Pen. sez. V, 14 dicembre 1993, *Bongianino*, in *Giust. Pen.*, 1994, III, p.397, nella quale la Corte, in una fattispecie di bancarotta per dissipazione, ha censurato il giudizio prognostico sfavorevole del giudice del riesame, secondo il quale l'imputato dimostrava attitudine a commettere «violazioni di norme poste a tutela del corretto svolgimento dell'attività finanziaria», in quanto generico e inappropriato rispetto al parametro del resto in questione

<sup>394</sup> In questo senso Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. pen.*, 1993, II, p.887 dove si afferma che per delitti della stessa specie siano da intendersi quelli che «offendono lo stesso bene giuridico, indipendentemente dalla collocazione nei testi delle leggi»; Cass. Pen. sez. VI, 7 ottobre 1992, n. 3091, *Ligresti ed altro*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.152 dove si ritiene che «l'espressione delitti della stessa specie (...) ha valore oggettivo e va riferita al bene giuridico tutelato, sicché l'offesa temuta deve concernere gli stessi interessi collettivi già attinti», in questo senso anche Cass. Pen. sez. II, 31 marzo 1994, n.1154, *Rau*, in *Riv. pen.*, 1995, I, p.253; Cass. Pen. sez. VI, 25 settembre 1992, n. 3047, *Barani*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.153, nella quale si parla di delitti «assimilabili quanto a bene protetto»; Cass. Pen. sez. VI, 10 ottobre 1992, n.3134, *Furlan*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.322; Cass. Pen. sez. VI, 26 marzo 1996, *Venditto*, in *Cass. Pen.*, 1997, II, p.2158 per delitti della stessa specie si intendono quelli che «offendono la stessa categoria di beni e valori di appartenenza del reato commesso, e dunque di reati la cui oggettività può anche non essere quella particolare della norma violata»; ancora Cass. Pen. sez. III, 6 giugno 1997, n.1957, *Pirazzini*, in *Riv. Pen.*, 1998, I, p.103; Cass. pen. sez. III, 5 luglio 2001, *Vasiliu*, in *Cass. Pen.*, 2002, IV, p.3507; Cass. Pen. sez. II, 10 aprile 2000, *Piras*, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.1555 con nota di F.GIUNCHEDI, nella quale si parla di «(...)bene primario posto a fondamento della fattispecie tipica ascritta all'indagato o imputato» (fattispecie nella quale la Corte ha escluso che potesse parlarsi di delitti della stessa specie nel caso di estorsione e di intermediazione illecita nel sequestro di persona a scopo di estorsione, in quanto la prima è posta tutela del patrimonio, la seconda a tutela dell'amministrazione della giustizia)

<sup>395</sup> Cass. Pen. sez. fer., 18 agosto 1992, *Dini*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.882, dove si richiama a tal proposito la disposizione dell'art. 81 c.p. che richiama la «stessa disposizione di legge»

prevedere al suo interno fattispecie tra loro eterogenee non in rapporto di reciproca prevedibilità, quanto, ai fini dell'integrazione della fattispecie cautelare, il riferimento a tutte le fattispecie, previste sia all'interno del codice che in leggi speciali, sulla base però di una verifica positiva in punto del «medesimo bene protetto» fra i diversi delitti che vengono in considerazione nel caso concreto <sup>396</sup>. Consolidatosi questo indirizzo, che identifica la stessa specie del delitto con lo stesso bene giuridico che la norma penale è preposta a tutelare, la giurisprudenza ha ulteriormente precisato che quando nel caso concreto si tratti di «reati plurioffensivi», il giudice nella valutazione delle specifiche modalità e circostanze del fatto e della personalità dell'imputato, dovrà tenere in considerazione «ciascun bene protetto», leso dalla commissione del fatto per il quale si procede <sup>397</sup>.

Secondo una interpretazione per certi versi più ampia, nel dare contenuto alla categoria di delitti in discorso sul punto degli interessi tutelati dalla norma, alcune pronunce hanno sostenuto che dovrebbe verificarsi che nel caso concreto i diversi delitti (quello per il quale si procede e quello di cui si teme la commissione) siano capaci di incidere «sulla stessa categoria di interessi ovvero su valori aventi lo stesso rilievo costituzionale», non solo quindi quelli che, a norma dell'art. 101 c.p., violano la stessa disposizione di legge o che presentino caratteri fondamentali comuni <sup>398</sup>. Si è ulteriormente precisato che, vista la *ratio*

---

<sup>396</sup> Vedi Cass. Pen. sez. fer., 11 agosto 1992, *Colucci*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, p.656, nella quale si trattava di reati contro la p.a., e in relazione ai quali la Corte ha affermato che il bene protetto che viene in evidenza è quello che si ricava dall'art. 97 della Cost., ossia l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione: quindi tutte le fattispecie penali che tutelano tale bene giuridico sono da considerarsi come «della stessa specie»; da ciò il giudice ha ritenuto anche la irrilevanza nel caso concreto della perdita della qualifica soggettiva dell'imputato

<sup>397</sup> Cass. Pen. sez. fer., 3 settembre 1992, *Furlan*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.1170, in relazione ad una fattispecie di concussione, che a giudizio della Corte risulta essere offensiva del buon andamento, dell'imparzialità e del decoro della p.a., ma anche della libera determinazione dei singoli anche in relazione alla gestione del proprio patrimonio; anche qui si è ritenuta la irrilevanza della dismissione dell'ufficio da parte dell'imputato, nello svolgimento del quale era stata realizzata la condotta di concussione

<sup>398</sup> Cass. Pen. sez. fer., 3 settembre 1992, *Butera*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.878, nella quale sulla base di questa impostazione sono stati ritenuti della stessa specie del

di fondo che ispira la disposizione dell'art. 274, comma 1 lett. c) la quale coincide con la necessità di dare spazio alle esigenze di tutela della collettività, non avrà rilevanza la circostanza per la quale, nel caso concreto, il delitto per il quale si procede attenti, o abbia attentato, anche ad un interesse legittimo dei singoli <sup>399</sup>.

Infine, il giudice di legittimità ha anche rigettato la tesi più volte proposta (nelle istanze difensive), seconda la quale nel caso di reato a concorso necessario, o plurisoggettivo, il giudice non potrebbe effettuare il giudizio di prognosi sulla commissione di delitti della stessa specie, per il motivo che non potrebbe esprimersi con riguardo al soggetto che è concorrente nel reato, in relazione al quale il giudice nulla sa. A fronte di tale ricostruzione, pur astrattamente legittima la Corte ha ritenuto, al contrario, che non sarebbe corretta la conseguenza che se ne trae: infatti nella stessa disposizione dell'art.274, lett. c) si fa riferimento ai delitti di criminalità organizzata, i quali hanno una struttura necessariamente plurisoggettiva. Si è

---

delitto elettorale (art. 97 d.p.r. 361/1957) gli illeciti offensivi del corretto esercizio dei diritti politici e dell'attività pubblica in genere, nonché quelli che compromettono il funzionale svolgimento delle istituzioni pubbliche; di «stessa categoria di interessi o valori» si legge in Cass. Pen. sez. VI, 26 gennaio 1993, n. 4248, *Zaffra*, in *Riv. pen.*, 1993, p.1165; allo stesso modo Cass. Pen. sez. VI, 9 dicembre 1992, *Iannaccone*, in *Cass. Pen.*, 1994, I, p.346; Cass. Pen. sez. VI, 29 agosto 1994, n. 2381, *Paderni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p.312; Cass. Pen. sez. VI, 5 marzo 1993, *Nemoianni*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.338 dove si afferma che i delitti della stessa specie sono quelli appartenenti alla « (...)categoria dei delitti cosiddetti simili, che cioè offendono interessi aventi lo stesso rilievo ovvero lo stesso valore costituzionale», di tenore analogo Cass. Pen. sez. VI, 18 maggio 1993, *Andreoni*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.118, nella quale si prosegue dicendo che il giudice al fine della valutazione della gravità del delitto dovrà tenere conto « (...)della natura dell'interesse offeso dalla condotta criminosa e all'apprezzamento della gravità della fattispecie operata dal legislatore con la previsione della pena edittale (...)» ; Cass. Pen. sez. II, 31 marzo 1994, n.1154, *Rau*, in *Riv. pen.*, 1995, I, p.253. Tale orientamento è rimasto costante anche a seguito della modifica legislativa intervenuta nel 1995, vedi in questo senso Cass. Pen. sez.VI, 19 settembre 1995, *Lorenzetti*, in *Cass. Pen.*, 1997, II, pp.459 ss., nella quale si è anche aggiunto che, stante il limite di pena previsto in relazione ai delitti della stessa specie al fine della legittimità della misura coercitiva, l'ordinanza del giudice deve essere «integrata con l'indicazione del tipo di delitti, sempreché offensivi della stessa categoria di valori, dei quali viene prevista la reiterazione»

<sup>399</sup> In questo senso Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.887, relativa ad un caso in cui si deduceva l'inutilizzabilità dell'ipotesi di consumazione del reato di corruzione, in quanto non legata all'offesa di posizioni soggettive dei singoli, per configurare il pericolo di commissione di reati della stessa specie



affermato, quindi, che il pericolo di commissione di delitti della stessa specie può configurarsi anche nel caso in cui si procede per un reato a concorso necessario <sup>400</sup>.

La definizione data al concetto di delitto della stessa specie, per la quale si è posto l'accento sulla «medesimezza del bene giuridico tutelato», ha condotto il giudice di legittimità ad affrontare un altro aspetto importante, da considerarsi ormai alla luce di un indirizzo consolidato, consistente nell'irrelevanza della perdita della qualità soggettiva da parte dell'imputato, che abbia dismesso l'ufficio o la carica pubblica nell'esercizio delle quali, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, ha commesso il fatto per il quale si procede: in altri termini si ritiene che questa eventualità non sia idonea ad incidere (in modo necessariamente favorevole) sul giudizio prognostico di reiterazione della condotta penalmente rilevante, non impedendo quindi la prognosi sfavorevole circa la commissione di reati della stessa specie <sup>401</sup>. La conclusione deriva dalla constatazione secondo cui, se il

---

<sup>400</sup> Cass. Pen. sez. VI, 14 giugno 1993, *Fontani*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.636; Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.887

<sup>401</sup> In questo senso Cass. Pen. sez. II, 10 ottobre 1994, *Lancuba*, in *Cass. Pen.*, 1996, I, p.866 (fattispecie relativa a magistrato indagato per associazione mafiosa e corruzione); allo stesso modo Cass. Pen. sez. I, 22 ottobre 1993, *Fedele*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.339 (fattispecie relativa al delitto di concussione); Cass. Pen. sez. V, 5 luglio 1994, *Cianetti*, in *Cass. Pen.*, 1996, I, p.214; Cass. Pen. sez. VI, 13 settembre 1994, n.3119, *Di Benedetto*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p.312, nella quale la Corte, oltre a riaffermare l'irrelevanza della dismissione dell'ufficio o della carica pubblica al fine della prognosi di commissione di delitti della stessa specie, ha valorizzato nel caso concreto dati sintomatici di natura oggettiva, quali le modalità e circostanze del fatto, l'ambiente socio-economico in cui il soggetto operava, la pluralità degli episodi criminosi ripetuti nel tempo dimostranti una prassi « (...) così diffusa da farla ritenere difficilmente debellabile dall'indagine giudiziaria»; Cass. Pen. sez. V, 18 maggio 1993, n. 965, *Mattioli e altro*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, pp.423-425, in relazione ad un caso di corruzione attiva, nel quale la Corte individua che il bene giuridico suscettibile di essere inciso da nuovi delitti della stessa specie (indipendentemente dalla perdita delle qualità soggettive) coincideva con il legale svolgimento dell'attività amministrativa, il corretto funzionamento delle istituzioni pubbliche, i principi fondamentali posti alla base della «costituzione economica»; Cass. Pen. sez. VI, 4 febbraio 1993, *Trotta*, in *Cass. Pen.*, 1994, I, p.2493; Cass. Pen. sez. I, 15 dicembre 1995, *Gava*, in *C.e.d.* 203706 in relazione ad un caso di abbandono della attività politica, nella quale si è anche affermato che nel caso di notorietà del personaggio, conosciuto dalla generalità degli appartenenti alla collettività, «(...) non vi è uno specifico onere di prova da parte dell'imputato ed il giudice può valutarlo alla stregua di un fatto notorio»; più recentemente vedi Cass. Pen. sez. VI, 10 luglio 2008, n.28780, *Nasca*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p.535

parametro di riferimento è il bene giuridico attinto dalla commissione del reato per il quale si procede, l'imputato, anche non ricoprendo più quell'ufficio o quella carica (quindi da considerarsi non più come intraneo bensì come estraneo) , potrebbe comunque commettere reati che su quel bene incidono, portando a configurare allo stesso modo l'esigenza di tutela della collettività <sup>402</sup>. Non sono mancate però pronunce che sul medesimo aspetto sono giunte alla conclusione opposta: si è infatti anche ritenuto che una volta che l'imputato sia cessato dalla carica o dall'ufficio non possa più prevedersi la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui è pendente il processo, per mancanza della qualità soggettiva <sup>403</sup>, o anche che data la perdita da parte dell'imputato della qualifica pubblica che gli offrì l'opportunità di delinquere, il giudice dovendo riscontrare il «pericolo concreto» di commissione di delitti della stessa specie, «(...) è tenuto ad indicare le circostanze specifiche che, in quanto eziologicamente connesse con la probabilità di reiterazione di condotte illecite, lo convincono della ineluttabilità del ricorso ad una misura compressiva della libertà personale», non potendo giungere a tale prognosi sulla sola base di un generico pericolo desunto da considerazioni non ancorate ad alcun dato fattuale <sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> Vedi ancora Cass. Pen., 27 gennaio 1993, *P.m. in c. Prost*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.789 (fattispecie di falso e truffa commessi da pubblico ufficiale, poi trasferito ad altro ufficio); Cass. Pen. sez. VI, 9 dicembre 1992, *Iannacone*, in *Cass. Pen.*, 1994, I, p.346; Cass. Pen. sez. VI, 26 gennaio 1993, n. 4248, *Zaffra*, in *Riv. pen.*, 1993, p.1165; Cass. Pen. sez. fer., 10 settembre 1992, *Gazner*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.1770 (fattispecie di concussione); Cass. Pen. sez. fer., 3 settembre 1992, *Furlan*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.1770 (fattispecie di concussione addebitata a soggetto direttore dei lavori di un'opera pubblica in concessione, nella quale la difesa aveva sostenuto che essendosi esaurito l'incarico, non potevano realizzarsi ulteriori delitti della stessa specie); Cass. Pen. sez. VI, 4 luglio 1995, *Lo Castro*, in *C.e.d.* 202638

<sup>403</sup> Nella giurisprudenza di merito vedi Trib. Napoli, 20 settembre 1993, *Boccia*, in *Crit. Dir.*, 1994, p.77, (fattispecie di associazione a delinquere finalizzata alla corruzione e al finanziamento illecito dei partiti) il quale ha escluso l'attualità del pericolo in quanto l'indagato non esercitava più la carica nel cui ambito aveva commesso il fatto, nonché per il mutamento del quadro politico istituzionale

<sup>404</sup> Cass. Pen. sez. II, 14 settembre 1994, n.3683, *Pietramala*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p.501; nello stesso senso Cass. Pen., 5 settembre 1995, *Grecchi*, in *C.e.d.* 202769; in relazione al contenuto della motivazione «adeguata» del provvedimento in punto di considerata non rilevanza della sopravvenuta sospensione

In definitiva, come sembra dimostrare anche l'evoluzione giurisprudenziale cui si è fatto riferimento, è stato sostenuto che la disposizione normativa finisce per imporre al giudice una «difficilissima ed incontrollabile prognosi di reiterazione», non solo con riferimento alla prognosi di delitti che devono essere della stessa specie di quello per il quale si procede, ma anche, in maniera più specifica, a determinate fattispecie criminose (quelle che rientrano nei limiti di pena previsti dalla disposizione processuale), per valutare «se tale vaticinato reato raggiunga o no la soglia di pena edittale stabilita»<sup>405</sup>; analogamente si è anche evidenziato che la previsione normativa su questo punto risulterà di difficile applicazione proprio perché per delitti della stessa specie si intendono quelli che incidono sul medesimo bene giuridico (e non quelli che corrispondono al medesimo titolo di reato), richiedendo al giudice di individuare nella motivazione i singoli titoli di reato che siano compatibili con questa nozione per ritenere o meno applicabile la misura<sup>406</sup>.

---

o cessazione dall'ufficio vedi Cass. Pen., 30 maggio 1995, *Stilo*, in *C.e.d.* 202819, o anche Cass. Pen. sez. fer., 1 agosto 1995, *Masi*, in *Cass. Pen.*, 1996, I, p.1493 nella quale si afferma che il giudice, da un lato non possa ritenere totalmente irrilevante la circostanza del rifiuto di ricoprire un determinato incarico da parte dell'imputato (commissario di una usl) ritenendo i motivi addotti non concludenti sul piano cautelare (nel caso, motivi di famiglia), e dall'altro che in questi casi spetterà al giudice stesso valutare, fornendo adeguata motivazione sul punto, se la decisione di non accettare l'incarico, al di là dei motivi formalmente addotti, rappresenti o meno la volontà dell'imputato di estraniarsi dall'ambiente nel quale i fatti furono commessi; sempre sul punto della «adeguata motivazione» che il giudice deve fornire in questi casi per ritenere sussistente il pericolo di reiterazione di delitti della stessa specie vedi Cass. Pen. sez. VI, 14 maggio 1997, n. 285, *Ortolano*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.279; Cass. Pen. sez. VI, 3 ottobre 1997, n.3445, *Francavilla*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.528; vedi ancora in relazione ad una fattispecie di associazione mafiosa strettamente connessa all'attività politica e/o con l'utilizzazione di cariche amministrative di vertice o di rilievo negli enti pubblici, Cass. Pen. sez. II, 2 giugno 1998, n. 0000, *Bisceglie*, in *Riv. Pen.*, 1999, p.487 nella quale si afferma che il giudice, nel suo giudizio prognostico, deve « (...) valutare la rilevanza e l'incidenza, sulla dedotta prospettiva, che l'associato ha stabilmente rescisso i suoi legami con l'associazione criminosa, dell'intervenuto (notorio) ritiro dell'indagato dall'attività politico- amministrativa o della cessazione delle cariche pubbliche (...)»

<sup>405</sup> Così G.CONTI., *La «radiografia» della nuova normativa su misure cautelari e diritto alla difesa*, in *Guida al diritto*, 1995, n. 33, p. 44

<sup>406</sup> C.RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, *Commento alla L. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995, p.50

### 3.3.1 La gravità dei reati. Il limite edittale di pena per i delitti della stessa specie

Nella previsione normativa dei delitti tipizzati, in relazione ai quali il giudice è chiamato ad effettuare una prognosi di concreta probabilità che l'indagato o l'imputato possano in futuro determinarsi alla loro commissione pregiudicando le esigenze di tutela della collettività, il legislatore ha specificato, nella prima parte del relativo periodo della disposizione che deve trattarsi di «gravi» delitti. Sul «concetto di gravità», in dottrina si è sostenuto che, l'assenza nella norma di parametri interpretativi utili al fine dell'individuazione del concetto, l'unico criterio sicuro cui fare riferimento sarebbe quello del «limite edittale di pena»: motivo per cui dovranno intendersi come gravi i delitti puniti con una pena «apprezzabilmente» superiore ai tre anni di reclusione («non inferiore nel massimo a quattro anni» con la riforma del 1995), che le disposizioni (artt. 280 e 287 c.p.p.) del codice individuano come soglia minima prevista per l'applicazione delle misure cautelari (coercitive ed interdittive) <sup>407</sup>. Secondo altra parte della dottrina il silenzio sul punto dovrebbe invece condurre a ritenere che i casi in cui il delitto accede alla soglia della gravità siano rimessi al libero apprezzamento del giudice <sup>408</sup>, o ancora, secondo un'interpretazione più radicale, la norma conterrebbe un «riferimento indefinito» non specificandosi alcuna soglia obiettiva di gravità <sup>409</sup>.

Nella interpretazione giurisprudenziale si è affermato che il requisito della gravità, stante la mancanza di un parametro valutativo di riferimento valido a dare contenuto a tale concetto, deve ritenersi integrato in relazione ai delitti per i quali è consentita l'applicazione della massima misura cautelare personale limitativa della libertà, come

---

<sup>407</sup> In questo senso ritiene G.AMATO, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, p.37

<sup>408</sup> E.ZAPPALA', *Manuale di diritto processuale penale*, vol. I, 1990, p.469

<sup>409</sup> F.CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p.458

disposto nell'art. 280 c.p.p.: reati che siano puniti con la pena dell'ergastolo o con la reclusione superiore nel massimo a tre anni <sup>410</sup>.

Altra questione che si è posta in relazione al requisito previsto dalla gravità è se tale qualifica debba connotare solo i reati previsti nella prima parte della disposizione (delitti commessi con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale), come sembrerebbe richiamare la formulazione letterale della norma (che non ripete la medesima aggettivazione anche per le altre due categorie di reato), oppure se, al contrario, debba riferirsi a tutti i reati ai quali la disposizione rinvia. Secondo alcuni autori, considerato proprio «l'inequivoco tenore letterale della norma», il requisito della gravità non sarebbe necessario in relazione ai delitti di criminalità organizzata, né in relazione ai delitti della stessa specie di quello per il quale si procede: ne deriverebbe che per i delitti previsti nella prima parte della norma non basterebbe la previsione della loro commissione, ma sarebbe necessario anche che siano, per l'appunto, gravi, al contrario di quanto avverrebbe per le altre due categorie di reati richiamate nell'ultima parte <sup>411</sup>. Per altra parte della dottrina invece

---

<sup>410</sup> In questo senso Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.887; in senso conforme Cass. Pen. sez. II, 31 marzo 1994, *Rau*, in *Riv. pen.*, 1995, I, p.253

<sup>411</sup> Sostengono questa interpretazione G.AMATO, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, pp.37 ss., il quale ritiene che «(...) giusto l'inequivoco tenore letterale della norma, questo non risulti necessario rispetto ai delitti di criminalità organizzata ed ai delitti della stessa specie di quello per cui si procede» aggiungendo che «(...) in tali ipotesi per legittimare l'adozione della misura, è sufficiente che il delitto di cui si presume e teme a possibile realizzazione o reiterazione rientri in una delle categorie indicate dalla legge», nonché G.ASCIONE-D. DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, p.272, secondo i quali è opinabile l'aver escluso dalle categorie di reati che rilevano ai fini della integrazione della fattispecie cautelare delitti comuni che anche se gravi non possono essere commessi con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale. Sostengono quindi che sarebbe stato più opportuno procedere ad una individuazione specifica di fattispecie di reato, o perlomeno a limiti edittali di pena, oppure alle situazioni riconducibili di abitudine presunta dalla legge (art.102 c.p.); su quest'ultimo aspetto vedi anche G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p.77

la gravità è requisito che deve caratterizzare tutte le categorie di reati previste, andando quindi al di là di riferimenti sintattici <sup>412</sup>.

Su questo secondo aspetto della locuzione la giurisprudenza ha manifestato orientamenti differenti. Alcune pronunce hanno sostenuto che «le parole gravi delitti, contenute nell'art.274 lett. c) c.p.p., non concernono i casi, previsti alla fine della disposizione, dei delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede; infatti in riferimento a questi delitti non è ripetuto l'aggettivo gravi, che connota i delitti previsti nella parte iniziale della citata lett. c)» <sup>413</sup>. Altre interpretazioni giurisprudenziali hanno invece affermato che «in tema di misure cautelari, l'aggettivazione grave (...) a qualificazione dei delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale, va riferita a tutte le categorie di reati nella detta disposizione catalogate, e quindi anche a quelli di attentato all'ordine costituzionale, di criminalità organizzata e, infine, della stessa specie di quello per cui si procede» <sup>414</sup>.

Ultimo aspetto della disposizione normativa che deve essere valorizzato è la previsione di un limite edittale di pena per poter disporre «misure di custodia cautelare» in relazione ai delitti della stessa specie di quello per il quale si procede <sup>415</sup>. In certo senso è come se il legislatore (mediante l'introduzione dell'ultima parte della

---

<sup>412</sup> Questa diversa ricostruzione è sostenuta fra altri da P.DUBOLINO-T.BAGLIONE-F.BARTOLINO, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Piacenza, 1990, p.521, i quali ritengono inoltre che la gravità dei delitti previsti nella prima parte della disposizione è un requisito che si aggiunge a quelli della «natura» e delle «caratteristiche» di quei delitti, in quanto è possibile che vi siano delitti commessi con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ma che non possono ritenersi allo stesso tempo gravi; nello stesso senso anche F.CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p.457, il quale ritiene che in riferimento ai delitti della stessa specie l'elemento della gravità sia sottinteso; F.TERRUSI, *Le misure personali di coercizione*, Torino, 2000, p.72; E.APRILE, *Le misure cautelari nel processo penale: artt.272-325 cod. proc. pen.*, Milano, 2003, p. 156

<sup>413</sup> Vedi Cass. Pen. sez. V, 8 marzo 1993, *Manco*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.2890

<sup>414</sup> Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.887

<sup>415</sup> G.SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, Torino, 2008, p.77, l'autore ritiene che la previsione di un limite edittale di pena in relazione ai delitti della stessa specie sia espressione di una certa «diffidenza» verso questa categoria di delitti

norma nel 1995) abbia voluto fissare una soglia di gravità per questa categoria di reati : solo nel caso in cui la pena prevista «non è inferiore nel massimo a quattro anni» il giudice potrà disporre misure custodiali <sup>416</sup>. E ancora, qualora la misura da applicarsi sia la custodia cautelare in carcere, sempre per questi stessi reati, la pena prevista dalla legge deve essere della «reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni» <sup>417</sup>. In questo modo il legislatore ha riconfermato che il parametro cui fare riferimento consiste nel pericolo della commissione di reati che attentino agli stessi interessi o valori già attinti dal reato per il quale è pendente il processo, limitando allo stesso tempo il ricorso alla custodia cautelare (anche in carcere) a precisi limiti di pena <sup>418</sup>: precisazione che impone al giudice di specificare nell'ordinanza che dispone tali misure proprio i delitti di cui si teme la commissione <sup>419</sup>. Come anticipato, la previsione non solo esige una soglia di gravità per questi delitti, ma tende anche a limitare il ricorso alla misura cautelare più afflittiva ai soli casi di maggiore gravità <sup>420</sup>. La circostanza per la quale i delitti della stessa specie vengono a considerarsi «gravi» solo nel momento in cui rispettano tale limite di pena, ha portato alcuni autori a ritenere che l'aggettivo «gravi» previsto in relazione alle prime due categorie di reati, non sia da ricondurre a tale ultima categoria, come aveva ritenuto già la giurisprudenza. Si è anche rilevato però che il riferimento, nella prognosi del giudice, a fattispecie astratte potrebbe portare ad un'applicazione automatica della misura della custodia cautelare,

---

<sup>416</sup> Vedi anche Corte Cost., sentenza 21 luglio 2000 n. 323, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.23 nella quale si è affermato che il limite di pena previsto dall'art. 274 lett. c) ultima parte vale anche per gli imputati minorenni;

<sup>417</sup> Quest'ultima soglia, relativa alla custodia cautelare in carcere, è stata introdotta, nella parte finale della disposizione, con l'art. 1, comma1, lett. 0b), del d.l. 1 luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013, n.94

<sup>418</sup> L.CESARIS, *Commento all'art.274*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G.CONSO-V.GREVI, Padova, 2005, p.842

<sup>419</sup> In questo senso Cass. Pen. sez. VI, 19 settembre 1995, *Lorenzetti*, in *Cass. Pen.*, 1997, I, p.459

<sup>420</sup> Critico su questo aspetto L.D'AMBROSIO, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, P.1172, secondo il quale si ha l'impressione che si sia voluto impedire il ricorso al carcere per gli imputati di ipotesi delittuose concernenti l'area della corruzione politico-amministrativa

anche in carcere, quando siano integrati i limiti di pena previsti dalla disposizione <sup>421</sup>.

---

<sup>421</sup> G.ILLUMINATI, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p.79



## CAPITOLO IV

### **L'esigenza di prevenzione speciale nelle più recenti evoluzioni normative: il decreto legge 26 giugno 2014 n.92**

#### **4.1 Le origini e la ratio della nuova normativa. L'intervento nell'ambito delle misure cautelari**

Volendo allargare lo sguardo alle tendenze legislative più recenti che, anche indirettamente, coinvolgono l'esigenza cautelare di prevenzione generale, si può guardare al recente decreto legge del 26 giugno del 2014 n. 92, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art.3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile"<sup>422</sup>. E' un provvedimento che si inserisce in un percorso legislativo introdotto già da tempo, di cui si segnalano anche precedenti normativi nella stessa direzione<sup>423</sup>, e finalizzato a dare risposta ad un problema che non permetteva più ulteriori rinvii: quello del sovraffollamento delle carceri italiane e delle

---

<sup>422</sup> Decreto legge che è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 147 il 27 giugno 2014, ed è entrato in vigore dal 28 giugno 2014; si compone di dieci articoli, dei quali otto sono di contenuto sostanziale, uno reca la copertura finanziaria, e uno la clausola di entrata in vigore

<sup>423</sup> Si può fare riferimento, quanto ai precedenti, tra le norme più recenti al decreto legge del 1 luglio 2013 n. 78 recante "*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*" che fra le novità ha comportato, per quanto attiene alla materia cautelare, l'innalzamento da 4 a 5 anni del limite di pena che consente l'applicazione della custodia cautelare in carcere, ma anche al decreto legge del 23 dicembre 2013 n. 146 "*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*" che ha inciso, ampliandoli, sui diritti dei detenuti; ancora la l. 28 aprile 2014 n. 67 "*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*" (tutti consultabili al sito [www.normattiva.it](http://www.normattiva.it) )

conseguenti condizioni, da considerarsi ormai «disumane e degradanti» ed incompatibili con la dignità della persona, della popolazione carceraria <sup>424</sup>. A tal fine il legislatore è intervenuto sia modificando o sostituendo previsioni già presenti, fra le quali quella che maggiormente interessa al discorso riguarda l'art. 275 del c.p.p., ma anche introducendo per la prima volta nel nostro ordinamento nuove norme (in particolare l'art.35 ter nella l. 354 del 1975 di ordinamento penitenziario) finalizzate alla predisposizione di rimedi, nella forma del risarcimento o di uno sconto di pena, per coloro che soffrono o hanno sofferto restrizioni della libertà personale in carcere (anche a titolo di custodia cautelare) in condizioni che, alla luce della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali nonché della stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, siano da ritenersi contrarie all'art. 3 della citata fonte internazionale <sup>425</sup>. Il decreto in esame è da considerarsi infatti come il necessario adempimento da parte dello Stato italiano di quanto ordinato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella cosiddetta

---

<sup>424</sup> Per i dati sul sovraffollamento carcerario si rinvia a quanto riportato nella Scheda di lettura n. 200, pp.3-4, del 2 luglio 2014, predisposta dalla Camera dei deputati, consultabile al sito [www.camera.it](http://www.camera.it)

<sup>425</sup> L'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali dispone sotto la rubrica «Proibizione della tortura» che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Merita un cenno proprio quest'ultimo istituto, introdotto dall'art. 1, comma 1 del decreto che ha portato all'introduzione nella legge di ordinamento penitenziario dell'art. 35 ter, che prevede tre possibili modalità di risarcimento, correlate essenzialmente alla durata del pregiudizio subito: se il periodo di restrizione in carcere, in condizioni contrarie all'art.3 della Convenzione, ha avuto durata superiore ai 15 giorni il detenuto (personalmente o tramite il suo difensore) può presentare istanza al magistrato di sorveglianza affinché questi disponga, a titolo di risarcimento, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari ad un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio (comma 1); se tale riduzione di pena non è possibile in quanto il residuo di pena non consenta l'integrale detrazione, il magistrato di sorveglianza potrà liquidare in favore del richiedente, a titolo di risarcimento del danno, la somma di 8 euro per ogni giornata nella quale il soggetto ha subito il pregiudizio (comma 2); infine (comma 3) la competenza a liquidare il danno è affidata al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio il soggetto ha la residenza, qualora il danno sofferto sia riferibile a periodi di custodia cautelare in carcere che non può essere computata nella pena da espiare (ad es. perché l'imputato viene assolto all'esito del processo), ovvero quando il soggetto danneggiato ha già terminato di scontare la pena detentiva in carcere (in quest'ultimo caso la domanda deve essere presentata al tribunale nel termine di decadenza di sei mesi dalla cessazione della custodia cautelare in carcere o dalla cessazione dello stato di detenzione)

«sentenza pilota» sul caso *Torreggiani contro Italia* (8 gennaio del 2013), la quale ha certificato il cronico malfunzionamento del sistema penitenziario italiano, accertando la violazione dell'art. 3 della Convenzione, a causa del sovraffollamento carcerario lamentato dagli stessi ricorrenti, e di conseguenza ha, per l'appunto, ordinato alle autorità nazionali di predisporre, nel termine di un anno dalla data in cui la sentenza sarebbe diventata definitiva (coincidente con il 28 maggio 2013, e quindi nel termine del 28 maggio 2014), le misure necessarie di natura preventiva e compensativa in grado di garantire effettivamente la riparazione per le violazioni della norma internazionale <sup>426</sup>. Tali indicazioni sono presenti anche nella recente pronuncia della Corte Costituzionale nella quale si è affermato, proprio per stimolare la ricerca di una soluzione alla situazione di sovraffollamento delle carceri, la necessità della «sollecita introduzione di misure specificamente mirate a farla cessare» <sup>427</sup>.

Venendo invece alla questione che più interessa, nella valorizzazione dei profili di incidenza della nuova norma anche sul pericolo che il soggetto possa commettere altri reati, l'attenzione deve spostarsi sull'art.8 del decreto 92 del 2014, modifica che è stata al centro delle maggiori riserve fra quelle apportate dalla riforma. Questa disposizione sostituisce il comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p., il quale (a questo punto) "prevedeva" che il giudice non potesse applicare la *sol*a misura della custodia cautelare in carcere in caso ritenesse che con la

---

<sup>426</sup> La sentenza *Torreggiani e altri contro Italia*, Corte Europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Causa Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013 è consultabile al sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int), nella quale la Corte di Strasburgo ha richiesto allo stato italiano di adeguarsi e di garantire «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte»

<sup>427</sup> Si fa riferimento alla sentenza del 22 novembre 2013, n. 279, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), nella quale la Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale proposta in relazione all'art.147 c.p. (in materia di possibile rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando la stessa debba attuarsi in condizioni contrarie al senso di umanità) in riferimento agli articoli 2, 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

sentenza potesse essere concessa la sospensione condizionale della pena, e che, a seguito della modifica, oggi stabilisce «non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o *quella degli arresti domiciliari* se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena», aggiungendo un'ultima parte alla norma che dispone «non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni». La nuova formulazione della norma si pone in realtà come trasposizione di quanto prevede il progetto di legge, già approvato alla Camera dei deputati e modificato dal Senato della Repubblica, n. 631-B recante "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali", che ad oggi è in corso di esame presso la Commissione Giustizia della Camera, a seguito del rinvio del testo modificato al Senato <sup>428</sup>.

Alla base di tale innovazione riguardante il settore delle misure cautelari, in un decreto che affronta il problema del sovraffollamento carcerario, vi è la semplice constatazione che, come si afferma nella

---

<sup>428</sup>Si tratta anche in questo caso di una proposta di legge diretta a circoscrivere (con un pronosticato effetto in termini di riduzione del sovraffollamento negli istituti penitenziari) l'ambito di applicazione della custodia cautelare in carcere, mediante alcune modifiche da apportarsi al codice di procedura penale che incidono principalmente sulla valutazione del giudice in sede cautelare, sull'idoneità della custodia cautelare in carcere, sugli obblighi di motivazione del giudice, sul procedimento cautelare. E' significativo richiamare che l'art.3 del progetto di legge, approvato in prima lettura dalla Camera e che non è stato modificato dal Senato, stabilisce, proprio come fa il decreto legge, che se è possibile prevedere la concessione della sospensione condizionale della pena il giudice non può applicare la misura degli arresti domiciliari (né ovviamente la misura della custodia cautelare in carcere, come originariamente previsto); lo stesso articolo prevede anche che il giudice qualora mediante un giudizio prognostico sull'esito del giudizio, ritenga che sia possibile la sospensione dell'esecuzione della pena (art.656, comma 5 c.p.p.) e quindi l'accesso alle misure alternative alla pena detentiva quali l'affidamento in prova, la detenzione domiciliare speciale o la semilibertà, anche in questa circostanza gli è fatto divieto di applicare sia la custodia cautelare in carcere sia gli arresti domiciliari (disposizione criticata nell'esame presso la Commissione Giustizia proprio sul punto degli arresti domiciliari). Si è ritenuto in questo senso che la disposizione dell'art.8 del decreto 92 del 2014 abbia avuto anche «il merito di liberare dall'impasse in cui si era arenato il "disegno di legge Ferranti" di modifica delle misure cautelari» (A.C. 631-B sopra richiamato), in questo senso M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali, un contributo alla discussione sul carcere preventivo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Relazione che accompagna il decreto, la soluzione della questione passa anche dalla revisione delle disposizioni riguardanti la custodia cautelare in carcere, la quale contribuisce sicuramente a far aumentare il numero dei detenuti negli istituti penitenziari <sup>429</sup>. La Relazione precisa anche che la modifica è motivata dalla « (...) straordinaria necessità ed urgenza di modificare il comma 2-bis dell'art. 275 del codice di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'art.656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva» che può applicarsi nei casi i cui la pena da eseguire non sia superiore a tre anni.

Sostanzialmente la nuova disposizione contiene due principali innovazioni: da un lato si estende anche al caso degli arresti domiciliari quell'originario divieto di disporre la custodia cautelare in carcere nel caso in cui il giudice ritenga di poter concedere, con la sentenza, la sospensione condizionale della pena <sup>430</sup>, dall'altro il divieto di applicare la *sola* custodia cautelare in carcere quando il giudice dovesse ritenere che all'esito del giudizio la pena detentiva «da eseguire» non sarà superiore ai tre anni.

---

<sup>429</sup> Si afferma infatti che «(...)Tale innovazione, oltre che ad esigenze di coerenza, è anche ispirata dalla finalità di disporre rimedi strutturali idonei a prevenire ulteriori situazioni di sovraffollamento carcerario (in rispondenza con altre disposizioni contenute nel decreto)»

<sup>430</sup> E' stato osservato inoltre che, l'esplicito riferimento alla custodia cautelare «in carcere», non presente nel comma 2-bis previgente all'entrata in vigore del decreto in commento, fa sì che risultino escluse dall'ambito applicativo della nuova disposizione la custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per le detenute madri (art.285-bis c.p.p.) e la custodia cautelare in luogo di cura (art.286 c.p.p.)

#### **4.2 Gli ambiti di incidenza dell'art. 8 del decreto legge 92 del 2014 e i possibili riflessi sul piano applicativo**

Con l'entrata in vigore del decreto, da più parti sono state espresse perplessità, soprattutto per quanto previsto dal nuovo comma 2-bis dell'art.275 così come modificato dall'art.8 in relazione al divieto assoluto di applicare la custodia cautelare in carcere, tanto che a parere di alcuni tale ultima norma avrebbe dovuto essere eliminata in sede di conversione del decreto stesso, valutate le conseguenze che la sua introduzione avrebbe comportato. Per considerare i risvolti applicativi derivanti dalla nuova formulazione della norma del codice è possibile individuare essenzialmente due piani: l'uno relativo al dichiarato intento di rendere coerente il rapporto tra la fase cautelare e la fase dell'esecuzione (art.656 c.p.p.), con particolare riguardo alla possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione in carcere, l'altro invece riguardante più in generale il processo nella fase di cognizione. Entrambi i piani incidono sulla rilevanza e lo spazio riconosciuto anche all'esigenza di tutela della collettività dal pericolo che l'imputato possa commettere ulteriori reati.

Sul primo versante si può considerare che l'art. 656, nel comma 5, prevede che il pubblico ministero, una volta passata in giudicato la sentenza di condanna, deve sospendere l'esecuzione della pena detentiva se non superiore a tre anni (anche se costituisce residuo di maggior pena), per consentire al soggetto condannato di presentare un'istanza, nei trenta giorni successivi, per la concessione di una misura alternativa alla detenzione. La *ratio* della norma appare evidente: evitare che il soggetto, che al momento della condanna si trovi in stato di libertà ovvero agli arresti domiciliari, sia ristretto in un istituto penitenziario quando vi è la possibilità che il *quantum* di pena irrogata possa essere eseguito accedendo all'affidamento in prova al servizio sociale, o, in mancanza dei presupposti di quest'ultimo, alla detenzione domiciliare (nel caso previsto dal comma 1-bis dell'art.47

ter, l.354/1975), o ancora all'esecuzione della pena presso il domicilio: naturalmente la condizione comune all'accesso a ciascuna delle richiamate misure alternative è data dalla valutazione da parte del tribunale di sorveglianza, il quale dovrà ritenere possibile la concessione della stesse, una volta verificata la sussistenza dei relativi presupposti. L'art. 656, nel comma 9, prevede anche situazioni particolari in presenza delle quali si esclude la sospensione dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero e quindi l'accesso a misure alternative, fra le quali l'ipotesi in cui il soggetto nel momento del passaggio in giudicato della sentenza si trovi in stato di custodia cautelare in carcere (lett.b) <sup>431</sup>. Si tratta di un caso nel quale la situazione appare rovesciata rispetto a quella ordinaria di cui al comma 5 (di cui si è detto), e anche qui il motivo della previsione è evidente: la presunzione per cui il tribunale di sorveglianza non concederà nessuna delle misure alternative alla detenzione (che il soggetto condannato potrebbe richiedere) si fonda essenzialmente sul fatto che, essendosi protratta la misura cautelare fino all'esito del giudizio, il giudice (della cognizione) avrà ritenuto per l'intero iter processuale la sussistenza (o persistenza) di esigenze cautelari quali il pericolo di reiterazione del reato o anche il pericolo di fuga; questi pericoli risulteranno incompatibili con la possibilità di concedere le misure alternative richiamate. Appare necessario ricordare infatti che nessuna di esse potrà essere riconosciuta, secondo le relative previsioni normative contenute nella legge di ordinamento penitenziario, qualora il tribunale di sorveglianza verifichi nel caso concreto il pericolo che il condannato commetta altri reati, condizione che quindi non deve sussistere per accedere all'affidamento in prova <sup>432</sup>, alla particolare forma di detenzione domiciliare di cui al comma 1-bis dell'art.47 ter della legge

---

<sup>431</sup> L'art.656, comma 9, dispone nella lett. b) che la sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta «nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva»

<sup>432</sup> Art. 47, l.354 del 1975, «affidamento in prova al servizio sociale», prevede nel comma 2 che è concesso «quando si può ritenere che il provvedimento (...) assicuri la prevenzione del *pericolo che (il condannato) commetta altri reati*»

di ordinamento penitenziario <sup>433</sup> ovvero all'esecuzione della pena presso il domicilio <sup>434</sup>.

L'innovazione legislativa si è inserita in questo contesto, disponendo, come si è detto, il divieto assoluto per il giudice di disporre la custodia cautelare in carcere quando ritenga che all'esito del giudizio la pena detentiva da eseguire non sarà superiore a tre anni <sup>435</sup>. Ne deriva allora che la nuova norma, neutralizzando il meccanismo previsto dall'art.656 comma 9, lett. b) - esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione per il soggetto che al momento della definitività della sentenza si trovi in stato di custodia cautelare in carcere - abbia lo scopo di consentire in tutti questi casi la sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna, in quanto il soggetto non potrà trovarsi in custodia cautelare in carcere in virtù del divieto di nuova introduzione, al momento del suo passaggio in giudicato. Si è infatti sostenuto che la conseguenza immediata consiste nel sostanziale «svuotamento di contenuto» della disposizione dell'art.656, comma 9, lett. b), in considerazione del fatto che non si potrà più configurare la situazione ostativa, da questa prevista, alla sospensione dell'ordine di esecuzione dal momento che se il giudice ritiene che la pena non sarà superiore ai tre anni non potrà disporre la custodia cautelare in carcere, con la conseguenza ulteriore che nessun imputato

---

<sup>433</sup> Art.47 ter, l.354 del 1975, «detenzione domiciliare», si prevede nel comma 1-bis che può essere concessa «quando non ricorrano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale (...) sempre che tale misura sia idonea ad *evitare che il condannato commetta altri reati*»

<sup>434</sup> Art.1, l.199 del 2010, «la detenzione presso il domicilio non è applicabile (...) quando vi è la concreta possibilità che il condannato possa darsi alla fuga ovvero *sussistono specifiche e motivate ragioni per ritenere che il condannato possa commettere altri delitti* ovvero quando non sussista l'idoneità e l'effettività del domicilio anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese»

<sup>435</sup> Sul limite di pena (3 anni) previsto dalla nuova disposizione vedi Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.: Audizione dei rappresentanti dell'ANM commissione giustizia della Camera dei deputati*, 8 luglio 2014, p.7, in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it), dove si sottolinea che mentre per giurisprudenza consolidata non può concedersi la sospensione dell'esecuzione se la soglia prevista dei tre anni di pena è superata per effetto del cumulo di più pene concretamente eseguibili, anche inflitte con sentenze diverse, «nella fase cautelare non potrebbe tenersi conto della pendenza di più procedimenti e quindi della pluralità di pene che potrebbero derivarne» al fine di verificare se la pena «da eseguire» rientri poi nel limite previsto dall'art. 275 comma 2-bis



in questi casi sarà detenuto durante il processo e ciascuno di essi invece potrà attendere in libertà, o al massimo agli arresti domiciliari, la decisione del tribunale di sorveglianza sull'istanza da questi presentata per accedere alla misura alternativa; ciò si verificherebbe anche nei casi in cui sussiste effettivamente una pericolosità sociale che potrebbe portare alla commissione di altri reati o magari il pericolo di fuga (pericoli che avrebbero consentito fino all'entrata in vigore del decreto di disporre anche la misura della custodia cautelare in carcere): casi nei quali sarà probabile il rigetto della loro istanza di misura alternativa alla detenzione<sup>436</sup>. Ed infatti in *teoria* i soggetti per i quali il giudice preveda una pena non superiore ai tre anni, in virtù di quello che a seguito della riforma è il combinato disposto degli artt. 656 commi 5 e 9, lett. b) e 275 comma 2-bis ultima parte, potrebbero beneficiare delle misure alternative secondo le valutazioni fatte dal legislatore e formalizzate nel decreto, che finiscono per configurare una sorta di «immunità cautelare», ma in *pratica* spetterà in ogni caso al tribunale di sorveglianza, sulla base di un giudizio individualizzato, valutare che nel caso concreto non ricorrano i citati motivi ostativi. Quello che desta le maggiori perplessità, anche alla luce di queste considerazioni, è che qualora in questi casi sussista effettivamente il pericolo di reiterazione del reato (o quello di fuga) al quale, in ipotesi, sarebbe possibile far fronte, sulla base dei principi di proporzionalità ed adeguatezza che la stessa norma prevede (art.275 commi 1 e 2), solo con la misura della custodia cautelare in carcere, il divieto di disporre quest'ultima potrebbe

---

<sup>436</sup> Nei primi commenti alla nuova disciplina questa posizione è sostenuta da F.VIGANO', *Una norma da eliminare: l'art.8 del d.l. 92/2014*, 7 luglio 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), il quale ritiene che l'interpolazione «lungi dal rendere coerente il sistema delle misure cautelari con la disciplina dell'art.656 c.p.p. (...) stravolge letteralmente la logica originaria dell'art.656 c.p.p., rovesciandone i saggi schemi presuntivi in favore di un generalizzato favor libertatis anche per soggetti che non sono in alcun modo candidati a beneficiare delle misure alternative, in ragione della loro spiccata pericolosità sociale o del concreto rischio che si sottraggano con la fuga alla sanzione»; vedi anche Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.*, cit., p.7, nella quale a tale proposito si parla di «possibile corto circuito», soprattutto nel caso in cui all'imputato detenuto venga irrogata con la sentenza di primo o di secondo grado una pena inferiore al limite dei tre anni, sottolineando che sul punto si evidenziano già «opposte oscillazioni giurisprudenziali»

comportare la concretizzazione di quel pericolo, dovendosi attendere, per l'esecuzione della pena detentiva nei confronti soggetto condannato, la valutazione del tribunale di sorveglianza che neghi l'accesso alla misura alternativa. Detto altrimenti, l'esigenza di tutela della collettività in questi casi rimarrebbe sullo sfondo. E' stato sostenuto infatti che il divieto introdotto dalla norma «è fondato su un collegamento automatico e senza limiti fra la pena da eseguire "all'esito del giudizio" da un lato e divieto della custodia cautelare dall'altro, il quale, dunque, opera pur in presenza di situazioni di grave pericolosità dell'imputato (...)» <sup>437</sup>. Il legislatore sembrerebbe muovere da un'automatica concessione dei benefici (misure alternative) per tutti coloro che siano condannati ad una pena inferiore al limite indicato, anche quando si tratti di soggetti plurirecidenti o che comunque non offrano alcuna garanzia di non reiterazione del reato.

L'aspetto più delicato in conseguenza della riforma attiene però al secondo profilo richiamato, relativo a considerazioni generali sul piano del processo ed in particolare allo spazio che in questi casi le esigenze cautelari, segnatamente quella di prevenzione speciale, si vedrebbero riconosciuto. Risulta evidente che nella pratica queste, anche se sussistenti ed in ipotesi gravi, passerebbero in secondo piano rispetto ad un generalizzato *favor libertatis*, o forse si potrebbe dire, dinanzi ad una «presunzione di non pericolosità» dell'imputato coniugata dal legislatore, a fronte di una disposizione, quella dell'art.275, che nel comma 3 prevede, al contrario, ipotesi di presunta adeguatezza della custodia cautelare in carcere quando si procede per determinati reati indicati dalla stessa <sup>438</sup>. Si è sostenuto al riguardo

---

<sup>437</sup> Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.*, cit., p.6

<sup>438</sup> Art.275, comma 3, c.p.p. « La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata . Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3 -bis e 3 - quater , nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600 -bis , primo comma, 600 -ter , escluso il quarto comma, e 600 - quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari»

che la novella legislativa «preclude il soddisfacimento anche delle più pressanti esigenze cautelari nei confronti di tutti gli imputati per i quali sia prevedibile una condanna a pena detentiva non superiore a tre anni»<sup>439</sup>. Ed in effetti avuto riguardo delle previsioni del decreto da più parti si è ritenuto che per molti reati di «notevole allarme sociale» la custodia in carcere non risulterebbe applicabile se si guarda al limite di pena previsto nel nuovo comma 2-bis dell'art.275: si tratterebbe di situazioni nelle quali, al contrario, la misura relativamente contenuta della pena non esclude affatto condizioni di concreta ed elevata pericolosità<sup>440</sup>. Le conseguenze potrebbero essere queste, a meno che il giudice non aumenti «artificiosamente» la prognosi in relazione alla pena che sarà irrogata: ma si tratterebbe comunque, come è stato detto, di un «espediente che avrebbe le gambe corte» in quanto già la condanna in primo grado sul punto della pena in concreto irrogata sarà capace di sostituire quella prognosi precedentemente effettuata, con la conseguente revoca di quella misura cautelare<sup>441</sup>.

Altre incertezze su questo profilo potrebbero prodursi in virtù dei mancati coordinamenti fra la norma in commento e le precedenti disposizioni, dalle quali potrebbero derivare soluzioni applicative se non altro discutibili, e che in realtà non hanno tardato a manifestarsi in giurisprudenza. Si è fatto riferimento in questo senso al caso di trasgressione delle prescrizioni inerenti agli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, per il quale l'art.276, comma 1-ter c.p.p. prevede la sostituzione della misura con la custodia in carcere: e tuttavia se la pena (o la prognosi della stessa) non supera i tre anni

---

<sup>439</sup> F.VIGANO', *Una norma da eliminare*, cit.

<sup>440</sup> Vedi ancora F.VIGANO', op. cit., il quale richiama fattispecie quali il furto in abitazione, piccole rapine, maltrattamenti in famiglia, atti persecutori (stalking), peculato, corruzione, finanziamento illecito ai partiti ; vedi anche Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.*, cit. , p.6, dove si rileva che non essendo il divieto di disporre la custodia in carcere sottoposto ad alcun limite oggettivo o soggettivo, la norma dovrebbe trovare applicazione anche per reati di mafia, rapina, estorsione aggravata, nonché per tutti i reati per i quali l'art.656 comma 9 lett.a) esclude la sospensione dell'esecuzione

<sup>441</sup> F.VIGANO', op. cit.

quest'ultima non potrebbe essere applicata, in quanto l'art.280, comma 3 c.p.p. deroga al secondo comma della stessa disposizione (che prevede i limiti di pena e specifici reati per i quali può applicarsi la custodia cautelare in carcere) ma non all'art.275 comma 2-bis che rimarrebbe quindi operante precludendone il ricorso. Ma la stessa disposizione in commento prevarrebbe anche sulla previsione dell'art.391, comma 5 c.p.p. che consente, in sede di convalida dell'arresto (per i delitti indicati dall'art.381, comma 2 o per delitti per i quali l'arresto è consentito anche al di fuori dei casi di flagranza) di disporre anche la custodia in carcere fuori dai limiti dell'art.280 c.p.p. e dell'art. 274, comma 1 lett. c), ma ancora una volta la deroga non si estenderebbe all'art.275 comma 2-bis; e ancora, la stessa situazione verrebbe a configurarsi nell'applicazione dell'art.284 comma 5-bis, che vieta di ricorrere agli arresti domiciliari nei confronti di colui che è stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti: qui paradossalmente la persona mai condannata per evasione potrebbe essere destinataria degli arresti domiciliari, ed invece il soggetto già condannato per evasione potrebbe beneficiare del divieto prescritto dalla norma (divieto di disporre gli arresti domiciliari) ma anche di quello previsto dalla nuova disposizione (divieto assoluto di custodia cautelare) <sup>442</sup>. In tutti questi casi il problema di fondo è individuabile nella mancata chiarezza legislativa: non è facile infatti affermare con certezza se si tratti di errori di coordinamento (come sembrerebbe in virtù delle successive correzioni apportate in sede di conversione), o magari di una precisa *voluntas legis*.

Più in generale, si è anche criticato che seguendo la direzione nella quale si muove la nuova norma si potrebbero rendere «sistematicamente ineffettive anche le misure cautelari non custodiali»: la loro violazione infatti non verrebbe punita con l'aggravamento della misura cautelare, disponendo la custodia in

---

<sup>442</sup> Tutte queste conseguenze sono state oggetto di specifica critica da parte dell' Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.*, cit. , p.6

carcere, che potrebbe invece esercitare in questo senso un effetto deterrente <sup>443</sup>.

Per completezza si può ricordare che altre censure sono state dirette verso la nuova disposizione: il richiamo alla pena detentiva «da eseguire» introdurrebbe un collegamento improprio tra la fase cautelare e quella dell'esecuzione della pena: ed infatti la pena da eseguire può essere determinata solo al momento del passaggio in giudicato della sentenza e non nella fase di applicazione della misura cautelare nella quale si potrà al massimo effettuare una prognosi sulla pena che sarà «inflitta». In altri termini non si terrebbe in debito conto che le misure cautelari e la fase dell'esecuzione della pena sono due ambiti ontologicamente e funzionalmente distinti: la custodia in carcere non può costituire un'anticipazione della pena, ma intanto si giustifica in quanto si riscontrino esigenze cautelari nel caso concreto, nonché i gravi indizi di colpevolezza <sup>444</sup>.

In definitiva sul piano generale della rilevanza delle esigenze cautelari, la riforma sembrerebbe fortemente squilibrata a danno di queste ultime, che risulterebbero svilite, per dare spazio invece a ragioni che ispirano la nuova norma, indiscutibilmente apprezzabili (la soluzione al sovraffollamento delle carceri), ma che sono estranee alla logica di fondo che informa il sistema delle misure cautelari.

Non sono mancate tuttavia opinioni difformi in relazione alle nuove previsioni normative, che hanno ritenuto l'intervento «meritevole di incondizionato sostegno», riconoscendone la ratio nella «(...) volontà di superare, finalmente, la concezione carcere-centrica delle cautele processuali» e per questo motivo hanno sostenuto che «la disposizione resta un presidio di reale garanzia» in grado di ridurre il

---

<sup>443</sup>F.VIGANO', *Una norma da eliminare*, cit.

<sup>444</sup>In questo senso Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.*, cit., p.6, dove si rileva che un ulteriore dubbio riguarda se debba o meno tenersi in considerazione il periodo di detenzione già sofferto. Parere contrario esprime sul punto M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, cit.

rischio di infliggere sacrifici ingiusti della libertà personale, mediante un opportuno collegamento tra la fase cautelare e quella esecutiva <sup>445</sup>.

#### 4.3 Le modifiche apportate in sede di conversione del decreto

Alla luce delle numerose critiche mosse con riguardo all'art.275, comma 2-bis come sostituito dal decreto legge 92 del 2014, si è cercato di apportare modifiche al disegno di legge di conversione presentato il 27 giugno del 2014 alla Camera dei deputati. Nel corso dell'esame da parte della Commissione Giustizia presso la Camera del disegno di legge n. 2496-A sono state apportate deroghe alla originaria previsione del decreto legge in relazione al secondo divieto previsto nella parte finale della disposizione in commento, relativo alla custodia cautelare in carcere nei casi di prognosi di pena da eseguire non superiore ai tre anni. E' stato previsto da un lato che sia possibile adottare la custodia cautelare in carcere nel caso in cui sussistano gravi indizi di colpevolezza in relazione a specifici delitti di grave allarme sociale <sup>446</sup>; dall'altro, cercando di coordinare meglio la nuova disciplina con quella degli arresti domiciliari, che il divieto di

---

<sup>445</sup> M. CERESA GASTALDO, *Tempi duri per i legislatori liberali*, cit., il quale sostiene che «è talmente forte, ormai, l'assuefazione all'idea della normalità del ricorso alla coercizione preventiva, che la prospettiva di rinunciare alla custodia crea gravi stati ansiosi»

<sup>446</sup> Si fa riferimento ai reati di cui all'art.51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p., al reato di omicidio, di prostituzione minorile, pornografia minorile, turismo sessuale, violenza sessuale semplice e di gruppo, atti sessuali con minorenni; la deroga al divieto assoluto di custodia cautelare in carcere riguarda anche i delitti previsti dall'art.656, comma 9 lett. a) c.p.p. (come suggerito dal parere dell'Associazione Nazionale Magistrati) ovvero quelli previsti dall'art.4-bis della l.354 del 1975 (in relazione ai quali non è consentito l'accesso ai benefici penitenziari: associazione mafiosa, terrorismo, sequestro di persona a scopo di estorsione, reati associativi finalizzati al traffico di droga e di tabacchi, riduzione in schiavitù, tratta di persone ecc.), nonché ai delitti di incendio boschivo, maltrattamenti di familiari minorenni, stalking nei confronti di donna in gravidanza, di minori, di disabili, furto in abitazione e furto con strappo. In relazione alla previsione di una «lista di reati» costituenti deroga alla previsione dell'art.275 comma 2-bis aveva espresso parere negativo, prima della conversione in legge, F.VIGANO', *Una norma da eliminare*, cit., in quanto potranno presentarsi questioni di legittimità costituzionale della norma in relazione ai reati non compresi in quella lista

applicazione della custodia in carcere non trovi applicazione quando quelli non possano essere disposti (in quanto non vi è la disponibilità dei luoghi di esecuzione della misura, art.284, comma 1 c.p.p.: abitazione o altro luogo di privata dimora ovvero un luogo pubblico di cura e assistenza o una casa famiglia protetta). Sempre per un migliore coordinamento tra disposizioni normative si è fatta salva l'applicazione dell'art.276, comma 1-ter c.p.p. rendendo possibile l'applicazione della massima misura cautelare nel caso di trasgressione, e conseguente revoca, degli arresti domiciliari. Allo stesso modo è stata fatta salva l'applicabilità dell'art.280, comma 3, con la possibilità di derogare alla previsione del comma 2 della medesima disposizione nei confronti del soggetto che abbia trasgredito alle prescrizioni inerenti ad una misura cautelare <sup>447</sup>. La legge di conversione ha anche sostituito l'ambiguo inciso «pena detentiva da eseguire» con la locuzione «pena detentiva inflitta» : come è stato rilevato bisogna infatti guardare alla pena che potrà essere applicata al termine del giudizio - «pena detentiva inflitta» - , e non alla pena che dovrà essere indicata nell'ordine di carcerazione - «pena detentiva da eseguire» - sulla quale possono incidere le diminuzioni previste dall'ordinamento (eventuali sottrazioni per il presofferto, riduzioni praticabili in virtù della applicazione immediata della liberazione anticipata) <sup>448</sup>.

In definitiva il testo originario del decreto legge comprendente le modificazioni apportate dalla Commissione prevede nel comma 2-bis dell'art.275 c.p.p. che «Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il

---

<sup>447</sup> M.DANIELE, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, A proposito della legge n. 117/2014 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 92/2014, 22 settembre 2014, reperibile al sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) , rileva che al contrario che, anche a seguito della legge di conversione, rimane ferma l'applicabilità del divieto di custodia cautelare in carcere sia in sede di convalida dell'arresto (art. 391, comma 5, c.p.p.), che nel caso previsto dall'art. 284, comma 5 bis c.p.p., il quale vieta di concedere gli arresti domiciliari a chi è stato condannato per evasione nei cinque anni precedenti, con le conseguenze «paradossali» già evidenziate

<sup>448</sup> M.DANIELE, op. cit.

giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena (come nel testo originario del decreto 92 del 2014). Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma l'applicabilità degli articoli 276, comma 1 ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva *irrogata* non sarà superiore ai tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice».

Il testo del disegno di legge di conversione (n. 2496-A) come approvato dalla Camera dei deputati il 24 luglio 2014, è stato approvato anche dal Senato della Repubblica il 2 agosto 2014, con il disegno di legge S.1679.

Anche se sono stati risolti alcuni problemi di coordinamento con altre disposizioni normative e si è provveduto alla correzioni di insufficienze terminologiche, lo schema di fondo rimane sostanzialmente inalterato: fatte salve le deroghe previste dalla disposizione approvata dal parlamento, rimane il divieto per il giudice (al di fuori di queste ipotesi) di disporre la custodia cautelare in carcere se prevede che la pena che sarà inflitta con la sentenza non sarà superiore ai tre anni. Rimane allora aperta la questione relativa alla rilevanza da attribuire alle esigenze cautelari, e in particolar modo a quella di prevenzione speciale: salvi i casi nei quali si proceda per uno dei reati indicati dalla disposizione (che sicuramente destano particolare allarme sociale), il pericolo che il soggetto possa determinarsi alla commissione di altri reati rimane sullo sfondo del processo: l'esigenza di tutela della collettività lascia spazio alla presunzione di non pericolosità. Su questo punto è stato anche



osservato che l'aver individuato in modo tassativo i reati in presenza dei quali il divieto di nuova introduzione non opera (che ricalcano quelli già previsti nell'art.656, comma 9 lett. a) c.p.p., in relazione ai quali non è consentita la sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione) potrebbe comportare irragionevoli disparità di trattamento dal momento che non vengono considerate fattispecie incriminatrici di pari gravità. In questo modo emergerebbero dubbi di compatibilità della nuova norma con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione <sup>449</sup>.

Permane allo stesso modo quell'intreccio di piani per il quale una prognosi effettuata dal giudice sulla base degli elementi a sua disposizione nella fase cautelare spiega i suoi effetti nella fase esecutiva, lasciando aperta la possibilità non solo che all'imputato siano applicate misure non custodiali durante l'iter processuale, il quale rimarrebbe quindi in stato di libertà, ma anche che lo stesso possa beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, con l'ulteriore possibilità di richiedere l'accesso ad una misura alternativa. Certo quest'ultima sarà subordinata all'esito positivo del giudizio davanti al tribunale di sorveglianza chiamato a tener conto anche di ovvie e concorrenti esigenze di tutela sociale, ma comporta che il soggetto non sottoposto a misure cautelari più stringenti nel corso del processo, quando queste risultino essere adeguate e proporzionate, se ritenuto concretamente pericoloso, in quanto sia pronosticabile la futura commissione di altri reati, possa costituire motivo di lesione delle esigenze di tutela della collettività. In questo senso è stato rimarcato che la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'operatività del divieto di applicazione della custodia in carcere rimane pur sempre il frutto di una prognosi effettuata dal giudice, fondata su una piattaforma conoscitiva provvisoria ed incompleta, capace di lasciare spazio ad una «insopprimibile discrezionalità» dell'organo decidente, in grado di produrre effetti

---

<sup>449</sup> M.DANIELE, op. cit.

anche nella fase dell'esecuzione. Ed infatti perché possa prevedersi che la pena irrogata sarà inferiore ai tre anni, la valutazione del giudice dovrà tenere conto degli indici di cui all'art. 133 c.p. (validi ai fini della determinazione della pena), molti dei quali non sono diversi da quelli presi in considerazione per riscontrare la sussistenza dei *pericula libertatis*: questo potrebbe comportare anche il concreto pericolo di applicazioni elusive e utilizzazioni strumentali della norma da parte della giurisprudenza, dal momento che gli stessi elementi potrebbero essere ritenuti rilevanti in due direzioni diametralmente opposte (nel senso della sussistenza dell'esigenza cautelare o, al contrario, di una pena inflitta che non sarà superiore ai tre anni) <sup>450</sup>.

In definitiva la questione di fondo rimane ferma: la disciplina delle misure cautelari deve sempre fondarsi su un equilibrio ragionevole tra i diversi beni coinvolti, primi fra tutti la libertà personale e le esigenze di tutela della sicurezza pubblica; tali beni devono essere posti sempre al centro di ogni tentativo di riforma in questo specifico settore, il quale può avere solo come effetto ulteriore e conseguente quello di dare risposta ad esigenze di altra natura, quale in questo caso la situazione del sovraffollamento delle carceri, altrimenti il rischio che si corre è di spostare quell'equilibrio verso uno solo dei due poli del rapporto <sup>451</sup>.

---

<sup>450</sup> M.DANIELE, op. cit.

<sup>451</sup> In questo senso Associazione Nazionale Magistrati, *Risarcimento ai detenuti e modifiche al c.p.p.*, cit.

## Conclusioni

Se a conclusione della nostra analisi si volesse cercare di dare risposta a quegli interrogativi iniziali dai quali siamo partiti, e cioè se l'esigenza di prevenzione speciale possa considerarsi, ad oggi, compatibile con i principi fondamentali della Costituzione, e se nel tempo si sia addivenuti ad una maggiore certezza nella definizione dei limiti e del contenuto di quella finalità, probabilmente la risposta rimarrebbe ancora parziale, incapace di esprimere una soluzione definitiva. Sono ancora molti i profili problematici che a quella si legano, a partire dalla più generale questione delle finalità legittime delle misure restrittive della libertà personale, che rimane quindi un tema ancora aperto. In relazione alle finalità un aspetto può essere però valorizzato, anche se spesso e per motivi diversi e contingenti viene ad essere perso di vista in alcuni interventi: il diverso scopo perseguito dal processo e dalla misura cautelare. Il processo penale, seppure inevitabilmente viene a costituire un mezzo per la difesa della collettività, a tale scopo può rivolgersi solo in via indiretta, in quanto la sua primaria e ontologica finalità è quella di accertare, nelle forme prescritte dalla legge, se un reato è stato commesso, e se di questo debba risponderne l'imputato. Durante il tempo che si rende necessario a quell'accertamento, il principio di non colpevolezza deve guidare ogni scelta e qualsiasi decisione che riguardi l'imputato; costui è da considerarsi innocente e in quanto tale non può subire alcun pregiudizio nella sua sfera personale e inviolabile, nessuna equiparazione è possibile rispetto ad un soggetto che possa considerarsi condannato. Solo in questo modo le scelte legislative potranno ritenersi conformi ai valori costituzionali che devono informare il processo penale.

La misura cautelare potrebbe, invece, anche perseguire quell'esigenza di difesa sociale in grado di comportare anche sacrifici per la libertà personale dell'imputato ritenuto pericoloso: a tale

conclusione si è pervenuti mediante quel percorso, che si è cercato di illustrare, che ha visto intervenire la giurisprudenza costituzionale, con un vero e proprio mutamento del proprio indirizzo interpretativo, e il legislatore con le successive scelte in campo normativo. Questo ha portato a configurare, oggi, l'esigenza di prevenzione speciale come autonoma finalità cautelare, idonea a legittimare incisioni sulla sfera di libertà del singolo. La condizione che tuttavia si impone come imprescindibile è che questa non venga ad essere formalizzata in una sostanziale presunzione di pericolosità, la cui linea di demarcazione con la vera e propria presunzione di colpevolezza, al contrario di quanto prevede la norma costituzionale, apparirebbe a quel punto estremamente labile. I parametri che devono servire alla valutazione della pericolosità devono essere quanto più possibile precisi e determinati, e in questo senso non sembra che attualmente la formula dell'art.274, comma 1, lett. c) sia pienamente rispondente.

A fronte di tale premessa, si riscopre tuttavia un intervento legislativo molto spesso dettato dalla necessità di dare risposte alle ansie e ai timori della collettività, che richiede tutela soprattutto per quei reati che destano particolare allarme sociale. Ma quest'ultimo concetto è diverso e ulteriore rispetto a quello delle «esigenze di tutela della collettività»: il rischio che si profila è quello di procedere, per questa via, ad anticipazioni della pena solo per ristabilire l'ordine, denunciando al tempo stesso l'ineffettività degli istituti normativi esistenti e la tendenza ad impiegare la misura cautelare quale strumento di politica criminale, per la tutela di esigenze rilevanti sul piano sostanziale anziché processuale. D'altra parte è lo stesso concetto di esigenze di tutela della collettività che, stante l'indeterminatezza dei suoi contorni e l'inafferrabilità del suo contenuto, potrebbe prestarsi facilmente ad utilizzazioni strumentali e prive di rispondenza sul piano costituzionale: è facile allora intuire perché la previsione dell'art.274 lett. c) costituisce l'ipotesi più controversa, da più parti osteggiata anche a seguito del suo riconoscimento normativo.

Anzi da questo punto di vista è stato evidenziato anche l'ulteriore limite dell'intervento legislativo volto a connotare di maggiore specificità e determinatezza la formula normativa: la preoccupazione di limitare ad un ambito quanto più circoscritto possibile la discrezionalità del giudice chiamato alla verifica nel caso concreto, potrebbe non trovare adeguata risposta se la soluzione proposta coincide esclusivamente con l'irrigidimento della fattispecie cautelare, mediante l'inserimento di ulteriori elementi da tenere in considerazione in quella verifica. La discrezionalità del giudice e la rigidità della risposta normativa potrebbero comportare la stessa concretizzazione dei rischi temuti, primo fra tutti quello di sacrifici della libertà personale non conformi ad un principio di uguaglianza: ciò potrebbe verificarsi nella prassi giurisprudenziale attraverso applicazioni distorsive e segnatamente "soggettivistiche", nelle quali troppo spazio troverebbe la discrezionalità del giudice in assenza di parametri normativi certi in grado di porre un argine e tali da fungere da contrappeso. Al tempo stesso soluzioni normative eccessivamente stringenti, che mettono da parte la considerazione della necessaria diversità dei casi concreti, non sembra che possano conseguire risultati migliori: ne è un esempio la nuova formulazione dell'art.275 comma 2-bis, come voluta dal legislatore nella recente riforma, la quale testimonia anche le difficoltà alle quali si può andare incontro quando l'intervento normativo, seppure supportato da ragioni apprezzabili e fortemente sentite, incide nella materia cautelare per esigenze estranee ed esterne a questo settore.

Si ritorna quindi alla ricerca di quell'obiettivo iniziale, punto di riferimento per ogni intervento nel settore in discorso, coincidente con la necessità di trovare un equilibrio tra le diverse esigenze che vengono in evidenza: la tutela della libertà personale e la connessa eccezionalità dei casi della sua limitazione da una parte, e il perseguimento di finalità che potrebbero risultare pregiudicate se si attendesse l'esito del giudizio dall'altra. Ogni intervento in questo settore nasconde il rischio di spostare quell'equilibrio verso l'uno o l'altro polo del rapporto.

Se però, come si è detto, la *ratio* di qualsiasi misura cautelare è da ricondurre alla necessità di anticipare effetti nelle more del processo – compreso quello di evitare che l'imputato possa determinarsi alla commissione di ulteriori reati rispetto a quello per il quale si procede, pregiudicando le istanze di difesa collettiva – in quanto questo ha una sua naturale e fisiologica durata, potrebbe essere allora quest'ultimo l'aspetto sul quale intervenire, al fine di evitare, o quanto meno limitare, il ricorso alla cautela processuale per far fronte anche ai tempi eccessivamente lunghi di questo, e di conseguenza ridurre al minimo i sacrifici della libertà personale in virtù di esigenze anche di natura sostanziale. Infatti un processo che non funziona, perché non riesce ad irrogare le sanzioni penali in maniera tempestiva, favorisce sicuramente il recupero di strumenti repressivi anticipati e atipici, cui corrisponde lo spostamento della finalità di prevenzione all'interno del giudizio penale, anziché all'esito dello stesso.

Quella stessa esigenza di prevenzione speciale che giustifica l'anticipazione degli effetti, magari potrà ritenersi sussistente nel caso di specie, ma rimane pur sempre legata ad una valutazione (della pericolosità) condotta in termini di prognosi, non di diagnosi: il giudice è infatti chiamato a ragionare in termini di probabilità (concreta), non di certezza; quest'ultima d'altronde manca fino alla decisione conclusiva del processo, la quale potrebbe anche smentire l'originaria prognosi. Il rischio potrebbe essere, come si è affermato, quello di una «sofferenza certa, e il più delle volte irreparabile, per un reato solo eventuale».

Sempre per quanto attiene alla valutazione demandata al giudice, un'altra via percorribile potrebbe anche essere quella di introdurre nel procedimento cautelare un contraddittorio anticipato, prima cioè dell'adozione della misura coercitiva, così introducendo la possibilità per l'autorità procedente di avere anche ulteriori elementi conoscitivi da porre alla base della sua valutazione nel caso concreto, lasciando in questo modo spazio, ex ante, alle istanze difensive, al fine di una decisione più stabile e consapevole. Il contraddittorio, oltre ad essere

principio essenziale e costituzionalmente garantito nella dinamica processuale, si presenta logicamente come la modalità migliore per giungere alla verità nel caso concreto. Non mancherebbero esempi nel nostro ordinamento di tale *modus procedendi*, come nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato (artt. 45 ss. d.lgs. 231/ 2001), ma a tale soluzione potrebbero opporsi ragioni contrarie, fra le quali la necessità di mantenere la misura cautelare quale tipico atto a sorpresa, al fine di rendere concretamente possibile la sua esecuzione e non rendere vana la sua adozione.

In definitiva, quando il pericolo che si corre è quello della lesione di diritti fondamentali della persona, le esigenze che lo rendono possibile, come quella di prevenzione speciale, dovrebbe essere oggetto di un'attenta riflessione, e tali da potersi considerare osservanti dei principi costituzionali: in questo senso molta strada è stata fatta, ma forse molta ne rimane da percorrere. Serve uno sforzo convinto e consapevole di tutti gli operatori del diritto, sulla base di una piena convergenza di intenti , diretto verso un obiettivo condiviso, quello di temperare efficacemente l'inviolabilità del bene primario della persona con le esigenze di tutela collettiva, perché c'è un limite, rilevante nella materia della libertà personale, oltre il quale non si può andare, nemmeno di fronte alle «esigenze di difesa della società».

## Bibliografia

### **Dottrina:**

**ALBIANI A.**, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *Legisl. Pen.*, 2006, p.375 ss.

**AMATO G.**, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967

**AMATO G.**, *Sub art. 274*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, III, parte seconda, a cura di E.AMODIO – O.DOMINIONI, Milano, 1990, p.23 ss.

**AMATO GIUS.**, *Art. 274*, in *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G.LATTANZI- E.LUPO Milano, 1998

**AMATO GIUS.**, *Commento all'art. 13 L. 5 agosto 1988 n. 330*, in *Legisl. Pen.*, 1988, p. 538 ss.

**AMODIO E.**, *Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in *Legisl. Pen.*, 2006, p.372 ss.

**AMODIO E.**, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p.841 ss.

**ANDRIOLI V.**, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi rom.*, 1964, p. 455 ss.

**APRILE E.**, *Le misure cautelari nel processo penale: artt.272-325 cod. proc. pen.*, Milano, 2003

**ASCIONE G.**, *La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale (legge 5 agosto 1988 n.330)*, a cura di G.ASCIONE -D. DE BIASE, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1989, pp.43 ss.



- ASCIONE G.- DE BIASE D.**, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990
- BARTOLE S.**, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE - P.DE SENA - V.ZAGREBELSKY, Padova, 2012, p. 106 ss.
- BECCARIA C.**, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Torino, 1965
- BELLAVISTA G.**, *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Studi sul processo penale*, IV, Milano, 1976, p.83 ss.
- BERETTA C.**, *Sui rapporti tra irrevocabilità dei provvedimenti di custodia cautelare e diritto alla loro revoca e sulla individuazione dei reati della stessa specie*, in *Cass. Pen.* 1993, III, p. 2576 ss.
- BEVERE A.**, *La prognosi del giudice, la finalità sostanziale e l'anomala misura di sicurezza*, in *Crit. Dir.*, 1993, p.42 ss.
- BRESCIANI L.**, voce in *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. Pen.*, Vol. VII, Torino, 1988 pp.440 ss.
- BRICCHETTI R.- MARZADURI E.**, *Codice di procedura penale, annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, p.1024 ss.
- BRICOLA F.**, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997
- BRICOLA F.**, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p.101 ss.
- BRICOLA F.- ZAGREBELSKY G.**, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, parte generale*, Torino, 1984, p.884 ss.
- CALABRIA A.**, voce in *Pericolosità sociale*, in *Dig. Disc. pen.*, vol. IX, p.451 ss.

- CALLARI F.**, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- CANZIO G.**, *La libertà personale dell'imputato nella legislazione dell'«emergenza» degli anni 1974-1980*, in *Giust. Pen.*, 1981, III, p. 360 ss.
- CARRARA F.**, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Lucca, 1874
- CARRARA F.**, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1863
- CENCI D.**, *Informazione di garanzia, misure interdittive e pericolosità sociale dell'imputato*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 76 ss.
- CERESA GASTALDO M.**, *Tempi duri per i legislatori liberali, un contributo alla discussione sul carcere preventivo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- CESARIS L.**, *Commento all'art. 274*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, Padova, 2005, p. 836 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Chiaroscuri di una "novella" dagli intenti riequilibratori, Premessa alla L. 8 agosto del 1995 n. 332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p. 565 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Commento al codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1998
- CHIAVARIO M.**, *Commento all'art. 2 L. 16 febbraio 1987 n. 81*, in *Legisl. Pen.*, 1987, p. 407 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Torino, 2006
- CHIAVARIO M.**, *Il diritto alla libertà personale e i suoi limiti*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969

- CHIAVARIO M.**, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il suo contributo al rinnovamento del processo penale italiano*, in *Riv. dir. intern.*, 1974, p.454 ss.
- CHIAVARIO M.**, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p.1089 ss.
- CHIAVARIO M.**, *La riforma del processo penale, Appunti sul nuovo codice*, seconda edizione ampliata e aggiornata, Torino, 1990, p.3 ss.
- CHIAVARIO M.**, *La seconda legge-delega per il nuovo codice di procedura penale*, in *Legisl. Pen.*, 1987, p.383 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Libertà personale e processo*, in *Processo e garanzie della persona*, II, terza ed., Milano, 1984, p.299 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Libertà personale e processo penale*, in *Ind. Pen.*, 1987, p.209 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Misure cautelari*, in *Quad. CSM*, 1988, 20, p.216
- CHIAVARIO M.**, *Presunzione d'innocenza, regole di giudizio e formula di proscioglimento*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p.369 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Profili di disciplina della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di L.ELIA-M.CHIAVARIO, Torino, 1977, p.197 ss.
- CHIAVARIO M.**, *Variazioni sul tema delle «misure coercitive» tra nuovo codice e «legge anticipatrice»*, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1989, parte terza, p.3 ss.
- CHIAVARIO M.**, voce in *Libertà personale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giu.* Treccani, Roma, 1990
- CONSO G.**, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la «legge reale» tra politica e diritto*, in *Giur. Cost.*, 1980, I, p.470 ss.

- CONSO G.**, *Patti internazionali in materia penale ed interventi della commissione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p.670 ss.
- CONSO G.- GREVI V.- NEPPI MODONA G.**, *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova, 1989
- CONTI G.**, *La «radiografia» della nuova normativa su misure cautelari e diritto alla difesa*, in *Guida al diritto*, 1995, n. 33, p.44 ss.
- CONTI G.– MACCHIA A.**, *Il nuovo processo penale, lineamenti della riforma*, Roma, 1990
- CORDERO F.**, *Procedura penale*, Milano, 2006
- CRISTIANI A.**, *Misure cautelari e diritto di difesa*, Torino, 1995
- DALIA A.A.- FERRAIOLI M.**, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006
- DANIELE M.**, *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2 c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, A proposito della legge n. 117/2014 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. n. 92/2014, 22 settembre 2014, reperibile al sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- D'AMBROSIO L.**, *La riforma dell'8 agosto 1995*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, II, p.1159 ss.
- DE LUCA G.**, *Lineamenti della tutela cautelare penale, La carcerazione preventiva*, Padova, 1953
- DEL POZZO C.U.**, *La nozione di libertà personale nella Costituzione*, in *Introduzione allo studio della libertà personale*, Milano, 1959
- DI BITONTO M.L.**, *Libertà personale dell'imputato e "giusto processo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p.865 ss.
- DI CHIARA G.**, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in FIANDACA G - DI CHIARA G. *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003

- DOMINIONI O.**, *I motivi della coercizione cautelare*, in *Cass. Pen.*, 1984, p.1553 ss.
- DOMINIONI O.**, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, p.203 ss.
- DUBOLINO P.– BARTOLINI F.– BAGLIONE T.**, *Il nuovo codice di procedura penale illustrato per articolo*, Piacenza, 1990, p.518 ss.
- ELIA L.**, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962
- ELIA L.**, *Le misure di prevenzione tra l'art.13 e l'art.25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1964, p.938
- FANUELE C.**, *La libertà personale*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R.DINACCI, Milano, 2010, p.209 ss.
- FERRAJOLI L.**, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996
- FERRI E.**, *Discorso alla Camera del 22 maggio 1912*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di L.MORTARA-A.STOPPATO, III, Torino, 1915
- FIANDACA G.**, *Diritto penale, parte generale*, a cura di G. FIANDACA - E.MUSCO, Bologna, 2010
- FIANDACA G.**, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig disc. pen.*, vol. VIII, 1994, p.109 ss.
- FILIPPI L.**, *La libertà provvisoria secondo la «legge sull'ordine pubblico»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p.980 ss.
- IORELLI P.**, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, I, Milano, 1953
- FORNARI L.**, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993
- GAITO A.**, *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2003, p.615 ss.

- GALLI G.**, *Le recenti leggi contro la criminalità*, II, *Aspetti processuali*, Milano, 1977, p.41 ss.
- GALLO G.M.**, *Il tempus commissi delicti nella valutazione delle esigenze cautelari: una decisione premonitrice della novellazione legislativa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p.901 ss.
- GALLO M.**, *La riforma del codice di procedura penale: una scelta consapevole*, in *Legisl. Pen.*, 1989, p.81 ss.
- GAROFALO R.**, *La detenzione preventiva*, in *La scuola Positiva*, 1892
- GHIARA A.**, *Presunzione d'innocenza, presunzione di "non colpevolezza" e formula dubitativa, anche alla luce dei recenti interventi della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p.72 ss.
- GIARDA A.**, *Una importante Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in tema di carcerazione preventiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 696 ss.
- GIOSTRA G.**, *Le norme del codice in tema di misure cautelari personali possono definirsi tra le più garantiste?*, in *Crit. Dir.*, 1994, p.37 ss.
- GREVI V.**, *Commento agli artt. 4 e 5 L. 12 agosto 1982 n. 532*, in *Legisl. pen.*, 1983, p. 77 ss.
- GREVI V.**, *Custodia preventiva e difesa sociale negli itinerari politico-legislativi dell'emergenza*, in *Pol. Dir.*, 1982, p.237 ss.
- GREVI V.**, *In margine alla tavola rotonda maceratese su «carcerazione preventiva e garanzie costituzionali»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p.395 ss.
- GREVI V.**, *Le garanzie della libertà personale dell'imputato nel progetto preliminare: il sistema delle misure cautelari, Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1988, I, p. 481 ss.
- GREVI V.**, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976,

- GREVI V.**, *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1976, II, p.633 ss.
- GREVI V.**, *Osservazioni sulle finalità della custodia preventiva*, in *Cass. Pen.*, 1978, p. 465 ss.
- GREVI V.**, *Più ombre che luci*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 332/1995*, Milano, 1996, p. 1 ss.
- GREVI V.**, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000
- GREVI V.**, *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Pol. Dir.*, 1974, p.601 ss.
- GREVI V.**, *Tribunale delle libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, a cura di V.GREVI, Bologna, 1983, p.8 ss.
- GREVI V.**, *Un dibattito su «carcerazione preventiva e garanzie costituzionali»*, in *Pol. Dir.*, 1974, p.499 ss.
- GREVI V.**, voce in *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. Dir.* , XXIV, Milano, 1977, p.315 ss.
- ICARDI L.**, *Applicazione provvisoria di misure di sicurezza e misure cautelari personali: la Corte rimarca le differenze*, in *Legisl. Pen.*, 1999, II, p. 712-713
- ILLUMINATI G.**, *Commento all'art.3 L.332/1995*, in AA.VV. *Modifiche al codice di procedura penale, nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p.64 ss.
- ILLUMINATI G.**, *Finalità della custodia preventiva e criteri di valutazione alla luce dell'art. 254 c.p.p.*, in AA.VV. *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1983, p.51 ss.

**ILLUMINATI G.**, *La “pericolosità dell'imputato” nella motivazione dei provvedimenti sulla libertà personale*, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 2271 ss.

**ILLUMINATI G.**, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979

**ILLUMINATI G.**, *Osservazioni in tema di libertà provvisoria (a proposito dell'art.2 della l. 15 dicembre 1972)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p.603

**ILLUMINATI G.**, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p.619 ss.

**ILLUMINATI G.**, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *AA.VV. Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995 n. 332*, Milano, 1996, p.67 ss.

**ILLUMINATI G.**, *Ripartire dalla Costituzione*, in *Legisl. Pen.*, 2006, p.386 ss.

**ILLUMINATI G.**, *Tutela della libertà personale ed esigenze processuali, in Costituzione, diritto e processo penale, I quarant'anni della Corte Costituzionale (Atti del convegno di Macerata, 28 e 29 gennaio 1997)*, a cura di G.GIOSTRA-G.INSOLERA, Milano, 1998, p.109 ss.

**ILLUMINATI G.**, *Una discutibile interpretazione della presunzione di non colpevolezza: la recente riforma della libertà provvisoria dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giur Cost.*, 1976, I, p.1657 ss.

**KOSTORIS R.E.**, *La riforma della custodia cautelare e i nuovo diritti della difesa*, in *Studium Iuris*, 1995, p.164 ss.

*La costituzione della repubblica nei lavori dell'assemblea costituente*, Roma, 1970,

**LATTANZI G.**, *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2003, p.615 ss.

**LUCCHINI L.**, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895



- MADDALENA M.- RICCIOTTI R.**, *Commento alle nuove norme sulla custodia cautelare*, Ponte nuovo editrice, 1995
- MANTOVANI F.**, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2007
- MANZINI V.**, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912
- MARZADURI E.**, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *Cass. Pen.* , 2000, p.232 ss.
- MARZADURI E.**, *Art. 274*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M.CHIAVARIO, III agg., Torino 1997, p.147 ss.
- MARZADURI E.**, *Commento all'art.3 della L. 8/8/1995 n.332*, in *Legisl. Pen.*, 1995, p. 602 ss.
- MARZADURI E.**, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R.DINACCI, Milano, 2010, p.303 ss.
- MARZADURI E.**, *Note di sintesi (...con alcune considerazioni a margine) del forum sulla disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. Pen.*, 2006, p.393 ss.
- MARZADURI E.**, voce in *Custodia cautelare nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, vol. III, Torino, 1989, p.279 ss.
- MAZZA O.**, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza), testo della relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione Franco Bricola dedicato al tema "Pericolosità e giustizia penale"*, Udine, 25 – 26 marzo 2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- MELILLO G.**, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi ai delitti di criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, 1997, III, p.3512 ss.

- MORTARA L.**, *Discorso al senato (5 marzo 1912)*, in *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1924, p.179 ss.
- MUSCO E.**, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, p.762 ss.
- NAPPI A.**, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Milano, 2007
- NAPPI A.**, *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G.CANZIO – D.FERRANTI – A.PASCOLINI, Viterbo-Rieti, 1989, p. 183 ss.
- NUVOLONE P.**, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, 1976, p.632 ss.
- ORLANDI R.**, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, p.123 ss.
- PARENTINI M.**, *Esigenze di prevenzione speciale e provvedimenti limitativi della libertà personale*, in *Giur. it.*, 1988, II, p.385 ss.
- PASQUARIELLO C.**, *La vicenda cautelare. Difesa sociale e garanzie nei «disorientamenti» giurisprudenziali*, in *Arch. pen.*, 1995, p. 168 ss.
- PAULESU P.P.**, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009
- PETRACHI G.**, *Alcune considerazioni sulla valenza da attribuire all'elemento oggettivo indicato dall'art.274 lett. c) c.p.p. ai fini della configurabilità del periculum libertatis*, in *Cass. Pen.*, 1998, III p.1696 ss.
- PISANI M.**, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e riforma del processo penale*, in *Foro it.*, 1966, p.33 ss.
- PISANI M.**, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. Pen.*, 1970, p.185 ss.

- PISAPIA G.D.**, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p.71 ss.
- PISAPIA G.D.**, *Un nuovo modello di processo*, in *Legisl. Pen.*, 1989, p.77 ss.
- POTETTI D.**, *Aspetti rilevanti del «fattore tempo» nell'ambito delle misure cautelari personali*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p. 587 ss.
- RICCIO G.**, *Il principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in V.GREVI, *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, p. 17 ss.
- RIGANTI L.**, *La presunzione di non colpevolezza: primi appunti per una analisi giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 1989
- RIVIEZZO C.**, *Custodia cautelare e diritto di difesa, Commento alla l. 8 agosto 1995 n.332*, Milano, 1995
- ROCCO A.**, *Discorso del ministro della giustizia e degli affari di culto, 17 dicembre 1925*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, VII
- RUOTOLO M.**, *Commento all'art.13 della Costituzione*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R.BIFULCO, A.CELOTTO, M.OLIVETTI Torino, 2006, p.321 ss.
- SARACENI L.**, *Il sistema cautelare del nuovo processo penale: lineamenti generali e valori di fondo*, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G.CANZIO–D.FERRANTI – A.PASCOLINI, Viterbo- Rieti, 1989, p.163 ss.
- SPANGHER G.**, *Riprendere la “lunga marcia” verso il rito accusatorio*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1995, II, p. 923 ss.
- SPANGHER G.**, *Trattato di procedura penale, II, Prove e misure cautelari, II, Le misure cautelari*, Torino, 2008

- SPANGHER G.- SANTORIELLO C.**, *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009
- STOPPATO A.**, *Sul fondamento scientifico della procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1893
- TAGLIARINI F.**, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 6 ss.
- TAORMINA C.**, *Diritto processuale penale*, vol. I , Torino, 1995
- TERRUSI F.**, *Le misure personali di coercizione*, Torino, 2000
- TRANCHINA G.**, voce in *Custodia cautelare*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G.VASSALLI, Milano, 1986, p.141
- UBERTIS G.**, *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, Milano, 2009
- UGOCCIONI L.**, *Libertà e cautele nel processo penale*, in *Giurisprudenza sistematica del diritto processuale penale*, diretta da M.CHIAVARIO-E.MARZADURI, Torino, 2006
- VASSALLI G.**, *Il nuovo codice di procedura penale: «spigolature» ed «osservazioni»*, in *Legisl. Pen.*, 1988, p.729 ss.
- VASSALLI G.**, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, negli *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, vol. V, p.353 ss.
- VASSALLI G.**, *Libertà personale dell'imputato*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, p.1099 ss.
- VASSALLI G.**, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. Pen.*, 1978, I, p. 1 ss.
- VASSALLI G.**, *Premessa al Commento articolo per articolo della L. 12 agosto 1982 n.532*, in *Legisl. Pen.*, 1983, p.63 ss.

**VIGANO' F.**, *Una norma da eliminare: l'art.8 del d.l. 92/2014, 7 luglio 2014*,  
in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

**ZAPPALA' E.**, *Manuale di diritto processuale penale*, vol. I, 1990

***Giurisprudenza di merito e di legittimità:***

Trib. di Torino, 23 gennaio 1976, Vaudanno Giudice istruttore, *Delmastro imputata*, in *Giur. it.*, 1976, II, pp. 633 ss.

Cass. Pen., 15 gennaio 1990, *Flora*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 612

Cass. Pen. sez. I, 14 febbraio 1990, *Denz*, in *Riv. pen.*, 1990, p.1072

Cass. Pen., 1 marzo 1990, *Fecchio*, in *Riv. Pen.*, 1991, p. 94

Cass. Pen. sez. I, 15 marzo 1990, *Palma*, in *Cass. Pen.*, 1990, II, p.203

Cass. Pen. sez. I, 27 luglio 1990, *Ranucci*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.124

Cass., 24 ottobre 1990, *Ferrari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.458-459

Cass. Pen., 26 ottobre 1990, *Crippa*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.459

Cass. Pen., 5 novembre 1990, *Canala*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.458 e p.576-577

Cass. Pen. sez. V, 11 dicembre 1990, n.5290, *Bencivelli*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p.459

Cass. Pen., 18 dicembre 1990, *Cuzi*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p.280  
1991

Cass., 11 febbraio 1991, *Fabiano ed altri*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1991, p. 456

Cass. Pen. sez. I, 27 marzo 1991, *Trovato*, in *Cass. Pen.*, 1992, I, p.97

Cass. Pen. sez. V, 9 aprile 1991, *Talarico*, in *Giur. it.*, 1992, II, pp.76 ss.

Cass. Pen. sez. I, 22 maggio 1991, *Prestianni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 630, anche in Cass. Pen., 1992, I, p.97

Cass. Pen., 18 agosto 1991, *Schiavone*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 1507

Cass. Pen. sez. fer., 25 agosto 1991, *Ligresti*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.887, anche in *Foro it.*, 1993, II, p.125

Cass. Pen., 19 marzo 1992, *Rosiello*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1993, p.322-323

Cass. Pen. sez. I, 1 aprile 1992, *Braccio*, in *Cass. Pen.* 1994, I, p.348

Cass. Pen. sez. VI, 19 maggio 1992, *Figura*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.2891

Cass. Pen. sez. fer., 21 luglio 1992, *P.M. in proc. Mussolino*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, p. 577

Cass. Pen. sez. fer., 30 luglio 1992, *Bucci*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, p.583

Cass. Pen. sez. VI, 5 agosto 1992, n.2921, *Papi*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.153

Cass. Pen. sez. fer., 11 agosto 1992, *Colucci*, in *Giust. Pen.*, 1992, III, p.656

Cass. Pen. sez. fer., 18 agosto 1992, *Dini*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.882

Cass. Pen. sez. fer., 3 settembre 1992, *Furlan*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.1170

Cass. Pen. sez. fer., 3 settembre 1992, *Butera*, in *Cass. Pen.*, 1993, II, p.878

Cass. Pen. sez. fer., 10 settembre 1992, *Gazner*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.1770

Cass. Pen. sez. VI, 25 settembre 1992, n. 3047, *Barani*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.153

Cass. Pen. sez. VI, 7 ottobre 1992, n. 3091, *Ligresti ed altro*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.152

Cass. Pen. sez. VI, 10 ottobre 1992, n.3134, *Furlan*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.322;

Cass. Pen., 5 novembre 1992, *Conti*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.467

Cass. Pen., 13 novembre 1992, *Politi*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.467

Cass. Pen. sez. VI, 9 dicembre 1992, *Iannacone*, in *Cass. Pen.*, 1994, I, p.346

Cass. Pen. sez. VI, 25 gennaio 1993, *Damiani*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p.2491

Cass. Pen. sez. VI, 26 gennaio 1993, n. 4248, *Zaffra*, in *Riv. pen.*, 1993, p.1165

Cass. Pen., 27 gennaio 1993, *P.m. in c. Prost*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p.789

Cass. Pen. sez. VI, 4 febbraio 1993, *Trotta*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p.2493

Cass. Pen. sez. VI, 5 marzo 1993, *Nemoianni*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.338

Cass. Pen. sez. V, 8 marzo 1993, *Manco*, in *Cass. Pen.*, 1993, III, p.2890

Cass. Pen., 30 aprile 1993, *Angrisani*, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, p.123

Cass. Pen. sez. VI, 18 maggio 1993, *Andreoni*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.118

Cass. Pen. sez. V, 18 maggio 1993, n. 965, *Mattioli e altro*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, pp.423-425

Cass. Pen. sez. VI, 14 giugno 1993, *Fontani*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.636

Cass. Pen. sez. V, 5 luglio 1994, *Cianetti*, in *Cass. Pen.*, 1996, I, p.214;

Cass. Pen., 27 luglio 1993, *Sanfilippo*, in *Cass. pen.*, 1994, III, p. 2492

Cass. Pen. sez. fer., 12 agosto 1993, *Longo*, in *Cass. Pen.*, 1994, III, p. 2493, anche in *Giust. Pen.*, 1994, III, p.72

Trib. Napoli, 20 settembre 1993, *Boccia*, in *Crit. Dir.*, 1994, p.77

Cass. Pen. sez. III, 13 ottobre 1993, *P.m. in c. Cusani*, in *Foro it.*, 1994, II, p.142

Cass. Pen. sez. I, 22 ottobre 1993, *Fedele*, in *Cass. Pen.*, 1995, I, p.339

Cass. Pen. Sez. VI, 8 novembre 1993, *Stanislao*, in *Riv. Pen.*, 1995, p.404

Cass. Pen. sez. V, 14 dicembre 1993, *Bongianino*, in *Giust. Pen.*, 1994, III, p.397

Cass. Pen. sez. I, 21 dicembre 1993, *Moneti*, in *Cass. Pen.*, 1995, II, p.2224

Cass. Pen. sez. II, 31 marzo 1994, n.1154, *Rau*, in *Riv. pen.*, 1995, I, p.253

Cass. Pen. sez. VI, 29 agosto 1994, n. 2381, *Paderni*, in *Arch. n. proc pen.*, 1995, p.312

Cass. Pen. sez. VI, 13 settembre 1994, n.3119, *Di Benedetto*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p.312

Cass. Pen. sez. II, 14 settembre 1994, n.3683, *Pietramala*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p.501

Cass. Pen. sez. II, 10 ottobre 1994, *Lancuba*, in *Cass. Pen.*, 1996, I, p.866

Cass. Pen., 30 maggio 1995, *Stilo*, in *C.e.d.* 202819

Cass. Pen., 28 giugno 1995, *Bogetto*, in *Riv. Pen.*, 1996, p.648

Cass. Pen. sez. VI, 4 luglio 1995, *Lo Castro*, in *C.e.d.* 202638

Trib. Di Genova Sez. II, ord. 11 luglio 1995, *Pardeo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p.901

Cass. Pen., sez. fer., 1 agosto 1995, *Masi*, in *Cass. Pen.*, 1996, II, p.1493

Cass. Pen., 8 agosto 1995, *Masi*, n.881, in *Cass. Pen.*, 1996, p.1493



Cass. Pen., 5 settembre 1995, *Grecchi*, in *C.e.d.* 202769

Cass. Pen. sez.VI, 19 ottobre 1995, *Lorenzetti*, in *Cass. Pen.*, 1997, II, p.459

Cass. Pen. sez. I, 15 dicembre 1995, *Gava*, in *C.e.d.* 203706

Cass. Pen. sez. II, 23 gennaio 1996, *Armelli*, in *C.e.d.* 203774

Cass. Pen. sez. III, 24 gennaio 1996, n. 4006, *P.M. in proc. c. Marino*, in *Arch. n. proc. pen*, 1996, pp. 59- 60

Cass. Pen. sez. I, 1 febbraio 1996, n.6338, *Fiorenti*, in *Arch. n. proc. pen*, 1996, p.640

Cass. Pen. sez. I, 21 febbraio 1996, n. 277, *Esposito*, in *Arch. n. proc. pen*, 1996, p.640

Cass. Pen. sez. VI, 26 marzo 1996, *Venditto*, in *Cass. Pen.*, 1997, II, p.2158

Cass. Pen. sez. I, 19 aprile 1996, n. 80, *D'Ugo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 801

Cass. Pen. sez. I, 19 aprile 1996, n.81, *Margagliotta*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 801

Cass. Pen. sez. II, 27 marzo 1996, *Papagna*, in *Foro it.*, 1997, II, p.176-177

Cass. Pen. sez. II, 7 maggio 1996, *Paglia*, in *Cass. Pen.*, 1997, III, p.3075

Cass. Pen., 24 maggio 1996, *Aloè*, in *C.e.d.* 205306

Cass., 29 maggio 1996, *Senesi*, in *Arch. n. proc. Pen.*, 1997, p. 79

Cass. Pen. sez. III, 23 luglio 1996, n.2631, *Sinami*, in *Arch. n. proc. pen*, 1997, p. 228

Cass. Pen. sez. V, 2 agosto 1996, n.2975, *Serra*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 228

Cass. Pen. sez. IV, 14 settembre 1996, n. 1242, *Camporotondo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.371

Cass. Pen. sez. II, 15 gennaio 1997, *Vallo*, in *Cass. Pen.*, 1998, III, p.1694

Cass. Pen. sez. I, 20 gennaio 1997, *Maiuri*, in *C.e.d.* 206843

Cass. Pen. sez. II, 13 febbraio 1997, n.200, *Terranova*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.509

Cass. Pen. sez. IV, 27 febbraio 1997, n. 3207, *Giantin*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p.170

Cass. Pen. , 8 aprile 1997, *Maiale*, in *Cass. Pen.* 1998, p.1163

Cass. Pen. sez. II, 23 aprile 1997, n.1924, *Anzuinelli*, in *Arch. n. proc. pen.*,1997, p.339

Cass. Pen. sez. VI, 14 maggio 1997, n. 285, *Ortolano*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.279

Cass. Pen. sez. VI, 16 maggio 1997, *Pacini Battaglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p.344

Cass. pen., 2 giugno 1997, *Tringoli*, in *Cass. Pen.*, 1999, p.233

Cass. Pen. sez. III, 6 giugno 1997, n.1957, *Pirazzini*, in *Riv. Pen.*, 1998, I, p.103

Cass. Pen. sez. I, 30 luglio 1997, n. 4878, *Castelluccia*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p.213

Cass. Pen. sez.VI, 3 ottobre 1997, n.3445, *Francavilla*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.528

Cass. Pen. , 23 ottobre 1997, *Held*, in *Cass. Pen.*, 1999, p.1535

Cass. Pen. sez. II, 21 novembre 1997, *Accardo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.748

Cass. Pen., 21 novembre 1997, *Accardo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.815;

Cass. Pen. sez. III, 24 novembre 1997, *Ibrahimi*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p. 212

Cass. Pen. sez. III, 15 dicembre 1997, *Di Giorgio*, in *Cass. Pen.*, 1999, I, p. 587

Cass. Pen. sez. II, 23 dicembre 1997, n. 3809, *Scuotto*, in *Riv. pen.*, 1998, I, p.529

Cass. Pen. sez. II, 2 giugno 1998, n. 0000, *Bisceglie*, in *Riv. Pen.*, 1999, p.487

Cass. Pen. sez. I, 13 giugno 1998, n.2593, *Giunta*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p.748

Cass. Pen. sez. III, 31 luglio 1998, n. 1904, *Inchingolo*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p.208

Cass. Pen. sez. VI, 30 ottobre 1998, n.2856, *Mocci*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 207

Cass. Pen. sez. I, 12 gennaio 1999, n.5555, *Barreca S.*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p.303

Cass. Pen. sez. VI, 12 febbraio 1999, n.17, *Valleroni*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 658;

Cass. Pen. sez. VI, 29 marzo 1999, n. 743, *Petrillo*, in *Cass. Pen.*, 2000, IV, p.2684

Cass. Pen. , 23 giugno 1999, *PM in proc. D'Alessandro*, in *Cass. Pen.* 2001, p.215

Cass. Pen. sez. VI, 21 luglio 1999, *D'Alessandro*, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.215

Cass. Pen. sez. V, 4 agosto 1999, n.2416, *Marchegiani*, in *Cass. Pen.*, 2000, IV, p.2683

Cass. Pen. sez. III, 5 agosto 1999, *Bogdan*, in *C.e.d.* 214440

Cass. Pen. sez. V, 28 novembre 1999, n.374, *Filippi*, in *Cass. Pen.*, 1999, p.818

Cass. Pen. sez. II, 6 dicembre 1999, n.1677, *Marseglia*, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.216

Cass. Pen. sez. II, 10 dicembre 1999, *Lanzafame*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 175

Cass. Pen. sez. II, 7 febbraio 2000, *De core*, in *C.e.d.* 215403

Cass. Pen. sez. I, 8 febbraio 2000, *Bianchi*, in *C.e.d.* 215337

Cass. Pen. sez. III, 23 marzo 2000, *Borselli*, in *C.e.d.* 222242

Cass. Pen. sez. III, 29 marzo 2000, *Penna*, in *C.e.d.* 216304

Cass. Pen. sez. II, 10 aprile 2000, *Piras*, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.1555

Cass. Pen. sez. II, 4 maggio 2000, *Clarino*, in *Cass. Pen.*, 2001, III, p.1861

Cass. Pen. sez. I, 18 gennaio 2001, *Martino*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p.291

Cass. Pen. sez. III, 16 giugno 2001, n.24586, *Patti*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p.623

Cass. Pen. sez. III, 5 luglio 2001, *Vasiliu*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p.338, anche in *Cass. Pen.*, 2002, IV, p.3507

Cass. Pen. sez. III, 22 settembre 2001, n.34444, *Mangia e altro*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 81

Cass. Pen. sez. VI, 21 dicembre 2001, n.45542, *Russo*, in *Cass. Pen.*, 2002, IV, p.3507

Cass. Pen. sez. VI, 20 febbraio 2002, *Frascheri*, in *C.e.d.* 222242

Cass. Pen. sez. I, 19 settembre 2002, n.35219, *Laino e altri*, in *Guida al diritto*, 2003. n.3, p. 77

Cass. Pen. sez. V, 26 settembre 2002, n.35370, *Buonaiuto*, in *Guida al diritto*, 2002, n.48, p.84

Cass. Pen. sez. VI, 15 gennaio 2003, *Khlar Mohamed Zenab*, in *Giur. it.*, 2004, p.1469

Cass. Pen. sez. I, 14 maggio 2003, n.25146, *Franchi*, in *Guida al diritto*, 2003, n.38, p.91

Cass. Pen. sez. IV, 10 giugno 2003, n.34912, *Ndreu*, in *Guida al diritto*, 2003, n.44, p.81

Cass. Pen. sez. V, 20 giugno 2003, n. 32022, *Bressi*, in *Guida al diritto*, 2003, n.47, p.76

Cass. Pen. sez. V, 8 ottobre 2003, *Seidita*, in *C.e.d.* 227858

Cass. Pen. sez. III, 3 dicembre 2003, n.306, *Scotti*, in *Guida al diritto*, 2004, n.17, p.95;

Cass. Pen. sez. II, 28 gennaio 2004, *Arena*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 20, p.88

Cass. Pen. sez. III, 18 marzo 2004, *Ristia*, in *C.e.d.* 228882

Cass. Pen. sez. IV, 1 aprile 2004, *Albanese*, in *C.e.d.* 229141

Cass. Pen. sez. IV, 17 giugno 2004, n. 42326, *Sissoko e altri*, in *Guida al diritto*, 2004, n.49, p.92

Cass. Pen. sez. IV, 17 giugno 2004, n.42329, *Berouki*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 48, p.92

Cass. Pen. sez. V, 7 luglio 2004, *Rascunà*, in *C.e.d.* 238098

Cass. Pen. sez. V, 19 ottobre 2004, n. 44882, *Scettro*, in *Guida al diritto*, 2004, n. 49, p.92

Cass. Pen. sez. IV, 14 gennaio 2005, n.11170, *Agosti*, in *Guida al diritto*, 2005, n.16, p.81

Cass. Pen. sez. IV, 19 gennaio 2005, *Miranda*, in *C.e.d.* 231583

Cass. Pen. sez. VI, 3 febbraio 2005, *Ben Hassine*, in *C.e.d.* 230995

Cass. Pen. sez. VI, 17 febbraio 2005, *Genna*, in *C.e.d.* 231323

Cass. Pen. sez. V, 16 novembre 2005, *Salucci*, in *C.e.d.* 233222

Cass. Pen. sez. V, 24 novembre 2005, *Filippelli*, in *C.e.d.* 231170

Cass. Pen. sez. II, 12 gennaio 2006, *Cerefeda*, in *C.e.d.* 235377

Cass. Pen. sez. IV, 3 luglio 2007, *Cavallari*, in *C.e.d.* 237240

Cass. Pen. sez. VI, 10 luglio 2008, n.28780, *Nasca*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p.535

Cass. Pen. sez. VI, 25 agosto 2008, n.33873, *Magnante*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p.536

Cass. Pen. sez., 10 aprile 2012, n.18851, in *Cass. Pen.*, 2014, II, p.616-617

### ***Giurisprudenza costituzionale:***

Corte Cost., sentenza 5 maggio 1959 n. 27, in *Giur. Cost.*, 1959, I, p.722

Corte Cost., sentenza 30 giugno 1964 n. 68, in *Giur. Cost.*, 1964

Corte Cost., sentenza 4 maggio 1970 n.64, in *Giur. Cost.* 1970, p. 263

Corte Cost., sentenza 4 giugno 1970 n. 96, in *Giur. Cost.*, 1970, I, p.411

Corte Cost., sentenza 3 luglio 1972 n. 135, in *Giur. Cost.*, 1972, I, p.557

Corte Cost., sentenza 6 luglio 1972 n. 124, in *Giur. Cost.*, 1972, II, p.1325

Corte Cost., sentenza 30 maggio 1973 n. 74, in *Giur. Cost.*, 1973, I, p.848

Corte Cost., sentenza 28 giugno 1973 n. 147, in *Giur. Cost.*, 1973, II, p.1465

Corte Cost., sentenza 22 gennaio 1974 n. 17, in *Giur. Cost.*, 1974, I, p.57

Corte Cost., sentenza 6 marzo 1974 n. 68, in *Giur. Cost.*, 1974, I, p.276

Corte Cost., sentenza 28 maggio 1974 n.167, in *Giur. Cost.*, 1974, I, p.990

Corte Cost., sentenza 6 aprile 1976 n. 88, in *Giur. Cost.*, 1976, I, p.499

Corte Cost., sentenza 23 gennaio 1980 n. 1, in *Giur. Cost.*, 1980, I, p.3

Corte Cost., sentenza 22 dicembre 1980 n. 177, in *Giur. Cost.*, 1980, p.1546

Corte Cost., ordinanza 12 luglio 1995 n.339, in *Giur. Cost.*, 1995, III, p.2564

Corte Cost., ordinanza 18 ottobre 1995 n.450, in *Giur. Cost.*, 1995, IV, p.3540

Corte Cost., sentenza 27 giugno 1996 n.238, in *Giur. Cost.*, 1996, II, p.2142

Corte Cost., sentenza 11 giugno 1999 n. 228, in *Giur. Cost.*, 1999, III, p. 2063 ss.

Corte Cost., sentenza 21 luglio 2000 n. 323, in *Cass. Pen.*, 2001, I, p.23 ss.

Corte Cost., sentenza 22 novembre 2013 n. 279, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

### ***Giurisprudenza europea:***

Corte eur. , 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 10 novembre 1969, *Matznetter c. Austria*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* , in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 25 marzo 1983, *Minnelli c. Svizzera*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué, Jabardo c. Spagna*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 24 ottobre 1997, *Jhonson c. Regno unito*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 23 luglio 2002, *Janosevic c. Svezia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 12 maggio 2005, *Ocalan c. Turchia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 11 luglio 2006, *Harkmann c. Estonia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 30 marzo 2010, *Poncelet c. Belgio*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 17 luglio 2010, *Tendam c. Spagna*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

Corte eur., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)



*Ringrazio il Professor Bresciani per la disponibilità e l'interesse  
dedicato alla realizzazione di questo lavoro, per avermi stimolato nella  
riflessione.*

*Ringrazio i miei genitori, mia sorella, mia nonna per l'incrollabile  
fiducia che ripongono in me, perché per me saranno sempre l'esempio  
da seguire.*

*Ringrazio gli amici di sempre perché ci sono stati, perché ci saranno.*